

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**O ESTADO E O INDIVÍDUO:
O CONFLITO ENTRE PUNIR E LIBERTAR –
HISTÓRIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL (1948-2000)**

MÔNICA OVINSKI DE CAMARGO

ORIENTADORA: DRA. ELA W. VOLKMER DE CASTILHO

**FLORIANÓPOLIS
2001**

MÔNICA OVINSKI DE CAMARGO

**O ESTADO E O INDIVÍDUO:
O CONFLITO ENTRE PUNIR E LIBERTAR –
HISTÓRIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL (1948-2000)**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de
Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.


Orientadora: Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho

**FLORIANÓPOLIS
2001**

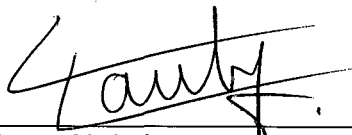
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O ESTADO E O INDIVÍDUO:
O CONFLITO ENTRE PUNIR E LIBERTAR –
HISTÓRIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL (1948-2000)**

MÔNICA OVINSKI DE CAMARGO



Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Orientadora



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, maio de 2001.

TERMO DE APROVAÇÃO

MÔNICA OVINSKI DE CAMARGO

O ESTADO E O INDIVÍDUO:
O CONFLITO ENTRE PUNIR E LIBERTAR –
HISTÓRIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL (1948-2000)

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, pela seguinte banca examinadora:



Orientadora:

Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho



Dra. Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Florianópolis, maio de 2001.

DEDICO

***AO DEUS VIVO A QUEM SIRVO,
NA PESSOA DE JESUS CRISTO,
O LEÃO DA TRIBO DE JUDÁ.***

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela força, ânimo e sabedoria que me concedeu, ao me ensinar o quanto é maravilhoso viver ao Seu lado. Obrigada pela realização de um sonho.

Aos meus pais, Belizário e Maria, que não pouparam esforços para incentivar e financiar meus estudos desde a infância, pelo apoio nos momentos difíceis e pela dedicação sem par, que me conduziu até onde cheguei. Minha gratidão a vocês é eterna, exemplos de honestidade e amor, os melhores pais que alguém pode querer.

A Dra. Ela, orientadora e amiga, que desde o começo depositou em mim sua confiança, esclareceu minhas dúvidas e formulou críticas imprescindíveis para o deslinde desta pesquisa. Destaco não apenas a seriedade, a qualidade e a incrível competência que marcam o seu trabalho, mas, principalmente, o fato de conduzi-lo com singular generosidade e simplicidade. Quero ser como a Sra. quando eu crescer.

A Melissa Jeannet, Michael e Léo, nem sei por onde agradecer, talvez ao nosso Amigo em comum. Saibam que o nosso encontro foi a melhor coisa que me aconteceu em Floripa, você moram em meu coração.

A Tícia, amiga com quem dividi não apenas despesas, mas alegrias, festas, frustrações e muitas horas de estudo no apartamento da Douglas Levier. Nossas diferenças me ensinaram o valor de uma amizade desinteressada e sincera. Nosso “crescer juntas” me estimula a estudar, a sonhar e a não desistir. Conte comigo sempre, tenho fé de que nosso futuro será sempre brilhante.

A Stella, amiga desde sempre, que me apoiou inclusive no começo desta imensa caminhada, sempre esteve disposta a me ouvir. Obrigada pelas dicas, pelas conversas, pela biblioteca, enfim... pela tua verdadeira amizade.

Ao Carlos, amigo que me ensinou a estudar, deu-me preciosos conselhos intelectuais e nunca se furtou a ensinar o que sabe e olhe que é muito! Obrigada pela disposição em debater comigo, pela bibliografia indicada, pela horas de paciência no telefone, por enxergar um potencial em mim. Se há algum mérito neste trabalho, ele também é seu!

Ao Adriano e ao Alexandre, pelo incentivo e acolhida na Ilha dos Sonhos na hora certa. Também ao Marlon com quem dias de estudos e sonhos de um futuro foram compartilhados, sonhamos juntos, mas infelizmente realizamos separados. A amizade iniciada na “era CACS” da UEPG foi fundamental, afinal, vocês são responsáveis pelo meu lado esquerdo de viver, nunca se esqueçam disso.

As amigas Karina e Malu agradeço pelo apoio e pela companhia agradável, desde os tempos de apartamento até hoje, a distância faz permanecer vivas as nossas lembranças. As amigas Leila e Liana, aquisições valiosas de Floripa, nosso quarteto é insuperável.

A Ivone, Luiz Magno, Ester, Fernando, Francisco, Rogério, Catatau, Josiane, enfim, a toda inesquecível turma de mestrado de 1998 da UFSC, obrigada pelo crescimento que vocês me proporcionaram, pela troca de experiências e culturas, pelas críticas construtivas, vocês são demais!

Ao Marco Aurélio amigo e companheiro que não mediu esforços para me ajudar.

A Universidade Federal de Santa Catarina, símbolo brasileiro de ensino superior público de seriedade e ao Curso de Pós-Graduação em Direito, CPGD, nas pessoas dos professores e funcionários que o compõe, onde destaco o profissionalismo acadêmico exercido sob rígidos referenciais pelos professores Sílvio Dobrowolski, Antônio Carlos Wolkmer, Vera Andrade e Christian Caubet, dos quais sou testemunha e partidária da luta pela produção acadêmica de qualidade e não de quantidade.

A CAPES, instituição financiadora, sem a qual esta dissertação não seria possível.

Finalmente, à Biblioteca da Universidade Estadual de Ponta Grossa, na pessoa da Sra. Maria Etelvina, que bondosamente me disponibilizou o acesso a um acervo histórico riquíssimo, base indispensável à consecução desta dissertação. Também a Luzia, pela atenção que me deu nas dicas formais desta pesquisa.

*“CONFIA NO SENHOR E FAZE O BEM;
HABITA NA TERRA E ALIMENTA-TE DA VERDADE.
AGRADA-TE DO SENHOR,
E ELE SATISFARÁ OS DESEJOS DO TEU CORAÇÃO.
ENTREGA O TEU CAMINHO AO SENHOR,
CONFLA NELE, E O MAIS ELE FARÁ.
FARÁ SOBRESSAIR A TUA JUSTIÇA COMO A LUZ
E O TEU DIREITO, COMO SOL AO MEIO-DIA.”*

SALMOS 37:3-6

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS.....	X
RESUMO	XII
RESUMEN	XIII
1. INTRODUÇÃO	01
2. O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E O INDIVÍDUO: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	06
2.1. A TENSÃO ENTRE O <i>JUS PUNIENDI</i> E O <i>JUS LIBERTATIS</i>	06
2.1.1. A idéia de soberania	07
2.1.2. A despatrimonialização do poder	08
2.1.3. A despersonificação do poder	09
2.1.4. A centralização da justiça estatal	11
2.1.5. O direito de punir no Estado moderno	13
2.2. OS TRÊS SIGNIFICADOS HISTÓRICOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	22
2.2.1. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão	23
2.2.2. O debate das Escolas penais italianas	27
2.2.3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem	49

2.2.4. O triplo significado da presunção de inocência	52
2.3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PROCESSO PENAL	53
2.3.1. O modelo de Processo Penal da presunção de inocência	54
2.3.2. O modelo inquisitorial	57
2.3.3. O modelo acusatório	62
2.3.4. O Processo Penal da presunção de inocência	65
2.4. DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E PROCESSO	71
2.4.1. Direito e Democracia	72
2.4.2. Constituição e Processo	79
3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO: PRIMEIRO MOMENTO (1948-1985)	89
3.1. A ADESÃO BRASILEIRA À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM: O CONTEXTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1942 E DA CONSTITUIÇÃO DE 1946	89
3.1.1. O Estado Novo e o Código de Processo Penal	90
3.1.2. Breve abertura democrática: a Constituição de 1946	104
3.1.3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem: a participação do Brasil e as implicações jurídicas	113
3.2. PRIMEIRAS INTERPRETAÇÕES DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA: O <i>IN DUBIO PRO REO</i>	120
3.2.1. O <i>in dubio pro reo</i> e a dúvida sobre a culpabilidade	122
3.2.2. <i>Favor rei</i> e <i>in dubio pro reo</i> : a opção pelo indivíduo	126

3.2.3. <i>In dubio pro reo</i> e presunção de inocência: contrapontos e concordâncias	127
3.2.4. Presunção de inocência e <i>in dubio pro reo</i> : o caso brasileiro	131
3.3. O AUTORITARISMO DO REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1988) E SUA INFLUÊNCIA NA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	140
3.3.1. A doutrina da segurança nacional	141
3.3.2. A violência institucionalizada: Os Atos Institucionais	148
3.3.3. Regime militar e Constituição: manobras de legitimidade	166
3.3.1. A Constituição do Brasil de 1967	168
3.3.4. A Constituição e o Ato Institucional nº 5: direitos individuais e repressão	176
3.4. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS: A DITADURA BRASILEIRA E OS DIREITOS HUMANOS	179
4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO JURÍDICO POLÍTICO BRASILEIRO: SEGUNDO MOMENTO (1980-2000)	183
4.1. O PERÍODO DA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA: EMERGÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA	185
4.1.1. A anistia política: liberdade para as vítimas e impunidade para os culpados	186
4.1.2. A reforma partidária: a volta do pluripartidarismo à cena	189
4.1.3. A campanha das “diretas já”	193
4.1.4. Transição democrática: o ressurgimento da presunção de inocência nos tribunais superiores (1986-1988)	195
4.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS: O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	206

4.2.1. A elaboração da Constituição Federal de 1988: anteprojeto Afonso Arinos e Assembléia Constituinte	206
4.2.2. A redação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988	213
4.2.3. Os princípios constitucionais relacionados com o Processo Penal	223
4.3. O ENTENDIMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A CONTROVÉRSIA EM TORNO DO ARTIGO 594 DO CPP	233
4.3.1. O princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar	234
4.3.2. O artigo 594 do CPP: prisão cautelar ou prisão punitiva?	240
4.3.3. O artigo 594 do CPP na visão dos tribunais superiores	246
4.3.4. O remanescente doutrinário que crê na revogação do artigo 594 do CPP: perspectivas da obra de Reforma do Código de Processo Penal	260
4.4. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS	269
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	273
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	280

LISTA DE SIGLAS

AAB	-	Aliança Anticomunista do Brasil
ABI	-	Associação Brasileira de Imprensa
CADH	-	Convenção Americana de Direitos Humanos
AI	-	Ato Institucional
ANC	-	Assembléia Nacional Constituinte
ANL	-	Aliança Nacional Libertadora
ARENA	-	Aliança Renovadora Nacional
CNBB	-	Confederação Nacional dos Bispos do Brasil
CPP	-	Código de Processo Penal
DDHC	-	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EMFA	-	Estado Maior das Forças Armadas
ESG	-	Escola Superior de Guerra
EUA	-	Estados Unidos da América
IBAD	-	Instituto Brasileiro de Ação Democrática
IPES	-	Instituto Brasileiro de Pesquisas Sociais
MDB	-	Movimento Democrático Brasileiro
OAB	-	Ordem dos Advogados do Brasil
PCB	-	Partido Comunista Brasileiro
PDS	-	Partido Democrático Social
PDT	-	Partido Democrático Trabalhista
PIDCP	-	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PIDESC	- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais
PMDB	- Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP	- Partido Popular
PSD	- Partido Social Democrático
PT	- Partido dos Trabalhadores
PTB	- Partido Trabalhista Brasileiro
SNI	- Sistema Nacional de Informação
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TRF	- Tribunal Federal de Recursos
UDN	- União Democrática Nacional
URSS	- União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

RESUMO

Esta pesquisa se ocupa do exame do surgimento da presunção de inocência no marco do Estado moderno, com a descrição do seu triplo significado na história ocidental recente, com o intuito de aferir sua transposição e desdobramento no ordenamento jurídico brasileiro, através do estudo da interpretação emitida pela jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, desde 1948 até o ano de 2000. Para atender ao escopo de sua efetiva compreensão, a pesquisa se divide em três etapas: na primeira a preocupação central é estabelecer as razões políticas e jurídicas da elaboração do triplo significado da presunção de inocência, localizando-a na relação entre Democracia, Constituição e Processo, partindo de sua moderna elaboração, como árbitro da tensão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. Em um segundo momento retrata-se a inserção do preceito no Brasil, em 1948, e sua primeira interpretação jurisprudencial, face às vicissitudes políticas do Estado Novo e do Golpe militar de 1964, onde se visualizam os laços que aproximam Política e Processo. Finalmente, a derradeira etapa expõe a relação entre o fenômeno da abertura política democrática da década de 1980 e o ressurgimento da presunção de inocência nos acórdãos dos tribunais em pesquisa, seguida dos fatores políticos e jurídicos que culminaram na redação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, com a conseqüente aplicação do preceito nos tribunais para solucionar os conflitos com as normas ordinárias que se conectam com a matéria. A jurisprudência examinada pertence ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Federal de Recursos e ao Superior Tribunal de Justiça. Os resultados obtidos contribuem para o entendimento do discurso que circunda a presunção de inocência, reforçam o reconhecimento do Processo Penal como instrumento jurídico de acomodação da ordem política vigente, a par do desequilíbrio permanente entre o poder de punir e o direito de liberdade individual, que no Brasil não é remediado pela simples previsão constitucional da presunção de inocência.

RESUMEN

Esta investigación se ocupa del examen del surgimiento de la presunción de inocencia en el marco del Estado moderno, con la descripción de su triple significado en la historia occidental reciente, con el intuito de contrastar su transposición y despliegamiento en el ordenamiento jurídico brasileño, a través del estudio de la interpretación emitida por la jurisprudencia de los tribunales superiores pátrios, desde 1948 hasta el año 2000. Para atender al escopo de su efectiva comprensión, la investigación se dividió en tres etapas: en la primera la preocupación central es establecer las razones políticas, jurídicas de la elaboración del triple significado de la presunción de inocencia, situándose en la relación entre Democracia, Constitución y Proceso, partiendo de su moderna elaboración, como árbitro de la tensión entre el *jus puniendi* y el *jus libertatis*. En un segundo momento es retratada la inserción del precepto en Brasil, en 1948, y su primera interpretación jurisprudencial, frente a las vicisitudes políticas del Estado Nuevo y del Golpe militar de 1964, donde se visualizan los lazos que aproximan Política y Proceso. Por fin, la última etapa expone la relación entre el fenómeno de la apertura política democrática de la década de 1980 y el resurgimiento de la presunción de inocencia en los dictámenes de los tribunales en investigación, seguida de los factores políticos y jurídicos que culminaron en la redacción del principio de la presunción de inocencia en la Constitución Federal de 1988, con la consecuente aplicación del precepto en los tribunales para solucionar conflictos con las normas ordinarias que se conectan con la materia. La jurisprudencia examinada pertenece al Superior Tribunal Federal, al Tribunal Federal de Recursos y al Superior Tribunal de Justicia. Los resultados obtenidos contribuyen al entendimiento del discurso en torno de la presunción de inocencia, refuerzan el reconocimiento del Proceso Penal como instrumento jurídico de acomodación de la orden política vigente, junto del desequilibrio permanente entre el poder de punir y el derecho de libertad individual, que en Brasil no es remediado por la simple previsión constitucional de la presunción de inocencia.

INTRODUÇÃO

No Brasil a presunção de inocência tornou-se um princípio constitucional, inscrito entre os direitos e garantias individuais, tão somente a partir da Constituição de 1988. Entretanto, o preceito foi recepcionado anteriormente em nosso ordenamento jurídico com a adesão brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem, durante a vigência da Constituição de 1946 e em um contexto processual penal de recente formação, o Código de Processo Penal, de 1942. Desde então, o princípio manteve-se, sobreviveu à Constituição de 1967, à Emenda Constitucional 01/69 e a toda repressão política do Governo Militar, instaurado em 1964. Tomou novo fôlego nas discussões do anteprojeto da Constituição de 1988, onde os constituintes privilegiaram a atual redação do inciso LVII, do artigo 5º, o qual influenciou decisivamente a interpretação e aplicação do tema em solo pátrio.

Neste breve intervalo histórico, destaca-se o entendimento que a doutrina e a jurisprudência retiraram da presunção de inocência. Há uma confusão conceitual, que paira sobre a delimitação de seu conteúdo, por vezes exaurido no *in dubio pro reo*, como regra de decisão judicial, e outras, referido como garantia da condição de inocente do acusado durante o processo. Todavia, é amplo o uso de medidas coercitivas antes da sentença condenatória transitada em julgado. Argumenta-se que, durante este interregno, a condição de inocente é vista com reservas, já que o processo só se torna possível porque há indícios de culpabilidade do indivíduo. Inocente tratado como “quase culpado”? Ou suspeito que deve ser temporariamente submetido a tratamento de culpado? Tal indefinição está ligada ao conflito de matriz política, traduzido na opção de tutelar o indivíduo do rigor da persecução punitiva estatal ou de privilegiar a sociedade, em detrimento da liberdade individual dos acusados.

A presunção de inocência surge do conflito entre o Estado e o indivíduo, o qual se reflete no interior do Processo Penal entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do indivíduo. Deste embate entre forças desiguais surge a presunção de inocência, representando

a opção pela proteção do indivíduo em detrimento do poder de persecução penal do Estado. A eleição do indivíduo traduz a supremacia de critérios políticos de inegável viés democrático, motivo pelo qual a presunção de inocência não se circunscreve a uma mera disposição jurídica mas, ultrapassando esta fronteira, comunica-se diretamente com os postulados políticos fundamentais que orientam a administração do poder e o Governo do Estado. Nisto se percebe a conexão da presunção de inocência com a concepção política que rege o Estado, já que somente a Democracia, formal e materialmente considerada, fornece condições para a escolha e fiel aplicação do preceito. Mesmo ciente de que a presunção de inocência surge do conflito entre o Estado e o indivíduo, em decorrência de sua essência política democrática, questiona-se acerca dos significados assimilados pela presunção de inocência de acordo com a recente história jurídico-política do Ocidente. E mais, como estes significados foram interpretados e aplicados pelos tribunais superiores brasileiros, entre os anos de 1948 e 2000, face à profunda instabilidade política deste interregno, que foi alternado por períodos democráticos e autoritários.

Adverte-se que no decorrer dessa pesquisa, optou-se pela expressão “presunção de inocência” e não “princípio da presunção de inocência”, como hoje é corrente afirmar. Isso se deve ao fato de que, antes de ser reconhecida como princípio de direito fundamental, a presunção de inocência, termo oriundo do direito romano, já era discutida pelos reformadores penais do século XVIII e pelos estudiosos das Escolas penais italianas dos séculos XIX e XX. Nesse período, o “princípio jurídico” era entendido doutrinariamente como princípio geral de direito, um imperativo supra legal, geralmente não escrito, de uso mais restrito, como recurso de interpretação do direito positivo. Atualmente, entende-se por princípio jurídico o dispositivo de conteúdo de direito fundamental, expressão mais ampla, que, resumidamente, agrega as seguintes características: é uma norma com alto grau de generalidade; é concebido como um mandado de otimização, ou seja, pode ser cumprido em graus, conforme as possibilidades jurídicas, havendo necessidade de figurar um grau mínimo para que seja respeitado; profere um juízo de obrigação através de pautas ou critérios para a tomada de decisão em um caso concreto, que não é invalidado pelo fato de ter sido preterido em uma decisão jurídica, entre outros.

O uso inicial do termo “princípio da presunção de inocência” em uma investigação de cunho histórico, levaria o leitor a supor que os estudiosos de outrora entendiam-no com toda a extensão que hoje lhe é concedido. Por isso optou-se pela supressão da palavra “princípio” até o momento em que a pesquisa retrata a posituação da presunção de inocência no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual veio elevá-la à classe constitucional. Só então a expressão “princípio da presunção de inocência” pode ser entendida em sua total amplitude, momento no qual é empregada no texto.

A presunção de inocência não é uma presunção civilística em sentido técnico. Há autores que a denominam como uma presunção *juris tantum*, categoria de regra probatória, a qual é francamente utilizada no direito civil. Isso se justificaria no fato da presunção de inocência atuar no decorrer do processo penal como uma presunção a favor do acusado, até que se prove o contrário. Todavia, o estudo que será adiante desenvolvido não se coaduna com esta classificação, porque apresenta a presunção de inocência como um conceito elaborado historicamente, que abriga um conteúdo de direito fundamental, que nada tem a ver com uma mera presunção técnica que pode ou não admitir prova em contrário.

O objetivo desta dissertação é examinar o surgimento da presunção de inocência no marco do Estado moderno, como resultado do embate entre o Estado e o indivíduo, com a descrição do seu triplo significado, elaborado pela recente história política ocidental, para então, aferir sua transposição e desdobramento no ordenamento jurídico brasileiro, através do estudo da interpretação emitida pela jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, desde 1948 até o ano de 2000, em cotejo com as vicissitudes políticas recorrentes neste período.

Com o escopo de cumprir com o objetivo proposto, esta pesquisa se dividiu em três capítulos principais, os quais serão a seguir sucintamente descritos. No primeiro a meta foi estabelecer o significado teórico da presunção de inocência, engendrado pela história política recente da Europa continental. Ressaltou-se os aspectos elementares da formação do Estado moderno, com relevo aos fenômenos de centralização da justiça e de publicização do direito, fundamentais para que o Estado tomasse para si a conflitante tarefa de punir o indivíduo classificado como transgressor da norma penal e de, ao mesmo tempo, garantir seu direito de liberdade individual, sempre com enfoque para a liberdade física. Em seguida, sob a matriz

de aproximação do político ao jurídico, apresentou-se os três significados capitais da presunção de inocência, elaborados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, pelo debate das Escolas penais italianas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por fim, comparou-se o modelo de Processo Penal afinado à presunção de inocência e localizou-se o preceito no entrelaçamento entre Democracia, Constituição e o Processo.

No segundo capítulo deslocou-se o centro da pesquisa para o Brasil, cobrindo os anos de 1948 até 1980, onde se alterna o exame do cenário político com a investigação da jurisprudência sobre o tema. O ponto de partida foi 1948, ano da assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem, porta de entrada para a presunção de inocência no Brasil, época que foi contextualizada com o estudo da elaboração do Código de Processo Penal de 1942 e da Constituição de 1946, vigas estruturais das normas punitivas da época. Feito este intróito, aduziu-se as reflexões sobre a primeira interpretação jurisprudencial da presunção de inocência e de sua relação com o *in dubio pro reo*. No ponto seguinte ilustrou-se o Golpe de 1964, que deu origem à era militar brasileira, firmada sob a doutrina de segurança nacional, a qual foi descrita e relacionada com a presunção de inocência. Alguns documentos legislativos produzidos neste período conturbado da história política brasileira foram comparados com o conteúdo da presunção de inocência, a exemplo do primeiro e do quinto Atos Institucionais e da Constituição do Brasil de 1967. Finalmente, expôs-se a contribuição do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 para o instrumental da presunção de inocência.

A última etapa foi dominada pelas análises decorrentes da promulgação da Constituição Federal de 1988, documento que adotou o princípio da presunção de inocência no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais. Inicialmente, descreveu-se alguns fatores políticos que caracterizaram a transição democrática vivida pelo Brasil na década de 1980, como a retomada do pluripartidarismo, a anistia política e a campanha das “diretas já”, momento em que se detectou um tímido ressurgimento da presunção de inocência em um dos tribunais superiores pátrios. Destacou-se os trabalhos da comissão que elaborou o anteprojeto Afonso Arinos, a qual enfatizou a presunção de inocência e abriu os debates em torno da redação mais adequada para o princípio na Carta Maior, trabalho complementado pela Assembléia Nacional Constituinte, culminando no inciso LVII da Constituição Federal de

1988. Depois de observar as disposições constitucionais que regem o Processo Penal, apresentou-se a aplicação mais corrente do princípio desde então, aferindo os impactos da sua positivação com relação às normas processuais ordinárias. Finalmente, teceu-se alguns comentários sobre a previsão do princípio da presunção de inocência pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os avanços deste documento com relação a fiscalização e julgamento dos compromissos firmados entre os Estados americanos.

O método de abordagem utilizado foi predominantemente o dedutivo. O método de procedimento foi o monográfico, centrado no exame teórico do significado da presunção de inocência, a par de sua configuração prática na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. As técnicas de pesquisa utilizadas foram: bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Para este fim foram examinados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, desde 1948 até 2000; do Tribunal Federal de Recursos, de 1948 até 1988 e do Superior Tribunal de Justiça, de 1989 até 2000. A partir da década de 1980 o recurso utilizado para a pesquisa jurisprudencial foi a Internet, com o banco de dados do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sendo que o último agrega também parte da jurisprudência relativa ao Tribunal Federal de Recursos. Para a consulta dos anos anteriores recorreu-se às revistas de jurisprudência.

Observe-se que o presente estudo é inédito no acervo de monografias, dissertações e teses do Curso de Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, o que credita sua provável contribuição para este e para outros núcleos de pesquisa do país. Aliadas a estas ponderações, observa-se que a importância deste estudo está em conhecer alguns aspectos da origem do Processo Penal, nos moldes em que atualmente está sustentado, como também dos ditames que estruturam a relação entre o Estado e o indivíduo, tendo em vista o contexto político que engendrou seus principais regramentos. Este é um passo essencial para que se estimule a reflexão acerca do fenômeno punitivo nos dias atuais, assim como para o entendimento do papel da presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito vigentes, em especial para o Brasil. Lembre-se que este papel é contemplado nas linhas que seguem não apenas na teoria, como também na atividade jurisdicional, faces que, no mais das vezes, se unem apenas no discurso, pois em realidade, estão separadas por um profundo abismo.

2. DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E O INDIVÍDUO: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1. A tensão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*

Antes de adentrar ao tema da presunção de inocência, cumpre inicialmente examinar o contexto de sua inserção no Direito e no Processo Penal, a partir da compreensão dos liames que regem a relação entre o Estado e o indivíduo, expressos no que tange ao direito de punir e às liberdades individuais. O entendimento desta relação é compatível no marco do Estado moderno, onde se inicia o processo de centralização da justiça e de publicização do direito, essenciais para que o Estado exerça o monopólio do direito de punir.

O estudo do Estado moderno torna-se indispensável no momento em que se percebe que a maioria das instituições jurídico-políticas hoje vigentes encontrou nele sua raiz comum. No entanto, a falta de um evento que estabelecesse uma fronteira temporal para o seu nascimento, aliada à corrente imprecisão conceitual que paira a seu respeito, são as causas dos habituais problemas para sua identificação. O Estado moderno erigiu-se como um fenômeno multifacetário, passível de ser considerado sob diversos aspectos, como o cultural, o econômico e o político, cada um deles diferindo em gênese, com conseqüências e razões próprias. Além disso, coexistiu com o Absolutismo¹, o que mesclou seus caracteres com os nitidamente pertencentes a períodos históricos distintos, marcados por suas peculiaridades. Estes, sem dúvida, são dois fatores explicativos para que a exatidão acerca do aparecimento do Estado moderno esteja sujeita a variações. Todavia, salienta-se que isto não impede que um panorama geral possa ser traçado, lembrando, também, que é no âmbito político que as transformações das formas estatais se perfazem, portanto, este é considerado o preponderante para sua caracterização.

Sob o ângulo político, interessante para os fins dessa pesquisa, o Estado moderno depende de um corpo administrativo organizado, o que inclui um grupo de funcionários hierarquizados em uma estrutura adequada, conscientes de seu dever que é exercido

¹ A unificação política e jurídica dos territórios desagregados pelos poderes estamentais do período feudal, foi obra inicial do Absolutismo, contexto em que surgiu o Estado moderno. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 157 et seq.

profissionalmente, regidos por um alto grau de calculabilidade. Este tipo de organização burocrática é o gérmen do Estado moderno, matriz que orienta e condiciona seu desenvolvimento ao executar seus mandatos com continuidade e disciplina.² Contudo, este não é seu único carácter, vários outros fatores contribuíram para que a formação do significado moderno do Estado fosse levada a cabo de forma dissimilar no Ocidente, entre as unidades nacionais européias, que emergiram no decorrer dos séculos XV e XVI e, entre eles, pode-se citar a junção de três elementos considerados primordiais: a idéia de soberania, a despatrimonialização e a despersonificação do poder.³ Examinar-se-á detidamente cada um deles a seguir.

2.1.1. A idéia de soberania

A idéia de soberania afina-se com a de um poder soberanamente constituído, que colocando-se em um nível superior aos interesses particulares e conflitantes, age sobre eles, dominando-os nos limites de um território. Para assumir a soberania, inicialmente o príncipe teve que dominar os poderes insurgentes em seu território, como o clero e a nobreza, que viviam em constante conflito, impondo-se sobre eles, não só para lhes ser superior, mas também para comandá-los na defesa e contra as investidas externas do Papado e de outros monarcas soberanos. Portanto, a soberania se afirma não somente sobre os poderes internos, mas também sobre os externos, que não poderiam mais interferir em seu poder de mando dentro de seus limites territoriais. Em uma realidade extremamente belicosa como a presenciada no alvorecer destes séculos, herança dos recentes tempos medievos, a proteção oferecida pelo soberano era muito atraente para todos, face as nefastas conseqüências de uma invasão exterior para as instáveis redes internas de poder. A paz e a estabilidade proporcionada pelo soberano, era uma mercadoria valiosa para ser negociada em troca da exigida submissão.

² WEBER. Max. *Economia y Sociedad*. Tradução de J. M. Echavarría, J. R. Parella, E. G. Maynez et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p 178. O autor afirma que: "El desarrollo de las formas 'modernas' de asociaciones en toda clase de terrenos (estado, iglesia, ejército, partido, explotación económica, asociación de interesados, uniones, fundaciones y cualesquiera otras que pudieran citarse) coincide totalmente con el desarrollo e incremento creciente de la administración burocrática: su aparición es, por ejemplo, el germen del estado moderno occidental." [sem grifo no original]. Tradução: O desenvolvimento das modernas formas de associações em todas as áreas (estado, igreja, exército, partido, exploração econômica, associações de interessados, uniões, fundações e quaisquer outras que puderem citar) coincide totalmente com o desenvolvimento e incremento crescente da administração burocrática: sua aparição é, por exemplo, o gérmen do estado moderno ocidental.

³ BRUM TORRES, João Carlos. *Figuras do Estado moderno: representação política no Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 44. O autor, depois de expor a posição de vários estudiosos sobre o tema, reconhece que a união desses fatores prevalece para uma designação do Estado moderno.

Disso distingue-se que a idéia de soberania abrange dois reflexos: interno, o soberano impõe-se como a fonte de toda a lei,⁴ cuidando não somente de sua elaboração, como também de sua execução; externo, faz-se respeitar perante outros poderes constituídos, que não poderão interferir na autonomia política interna empreendida.⁵ O poder soberano passou a ser o supremo agente de autoridade política em um território, eliminando seus rivais interna e externamente.

2.1.2. A despatrimonialização do poder

Entendida como uma categoria sociológica instrumentalizada por Weber,⁶ a despatrimonialização consistiu em um importante passo para que o Estado, distinto do príncipe, adquirisse autonomia própria, alçando a independência não somente financeira, mas principalmente administrativa. Nos primórdios medievais, entre os séculos XII e XIII, quando o feudalismo dominava a cena política, o monarca nada mais era do que o maior dos senhores feudais, assim admitido pelo direito costumeiro.⁷ O que era arrecadado dos vassallos, como os encargos provenientes do contrato feudal, faziam parte do patrimônio pessoal do príncipe e, obviamente, não havia orçamento público, muito menos fundos destinados à administração do território.

O correr dos séculos trouxe a substituição das rendas senhoriais por impostos, ao mesmo tempo em que o monarca passou a ser revestido do poder soberano, apesar de sua

⁴ Ibid., p. 47. Inspirado em Bodin, o autor afirma que nessa medida o soberano se impõe como absoluto. Exceção para o caso da Inglaterra, peculiar pela soberania, que em matéria legislativa estava dividida entre o Rei e o Parlamento, o que tornou o desenvolvimento do Estado inglês diferenciado em vários aspectos.

⁵ HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. A economia internacional e as possibilidades de governabilidade. Tradução de Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 265. Mesmo com objetivos diversos dos perseguidos nos limites dessa pesquisa, os autores aprofundam o estudo sobre a soberania como um atributo do Estado moderno, amplamente aproveitável neste espaço, afirmando expressamente que: "O Estado moderno não adquiriu seu monopólio de governabilidade por seus próprios esforços internos. Após o tratado de Westphalia, em 1648, os governos deixaram de apoiar os correligionários em conflito com seus próprios Estados. (...) Explorando a autonomia com respeito à interferência externa, sancionada por este acordo mútuo e internacional, os Estados eram, assim, capazes de impor 'soberania' em suas sociedades. (...) Assim, em um grau insignificante, a capacidade de soberania veio de fora, por meio de acordos entre Estados na recém-emersa sociedade de Estados." (p. 285)

⁶ WEBER, Max. Op. cit. p. 833 et seq.

⁷ O monarca era admitido porque o costume feudal estipulava que ele possuía todas as terras do reino e, portanto, era o maior dos suseranos, concedia a posse aos seus súditos e estes deviam render-lhe a vassalagem, dos menores aos maiores, todos eram submetidos ao poder real. Este poder não era absoluto, o rei deveria respeitar os costumes do povo para governá-lo, sob pena de agir tiranicamente. Além do mais, havia um equilíbrio interno de poder, onde a Igreja e os nobres disputavam com o monarca o exercício do poder político. Acerca do papel do soberano dentro da estrutura feudal, consulte-se: CARLYLE, A. J. La

aceitação ainda se complementar no fato de ser o homem mais rico do reino. Porém, no mais das vezes, essa riqueza pessoal se mantinha em comum com o recolhido dos impostos e este amálgama transferia-se para a postura do príncipe frente a outros setores, como na gerência dos negócios de Estado e na manutenção de uma milícia particular, para sua defesa pessoal e do reino, de caráter transitório e irregular. Em resumo, não havia uma nítida divisão entre o público e o privado, tudo sugeria ser patrimônio do monarca.

A separação total entre os domínios privados do príncipe e o patrimônio destinado para os propósitos nacionais foi elaboração muito recente,⁸ todavia, mesmo o despertar para essa alteração é visivelmente salutar para a formação do Estado, face a reviravolta que a constituição da esfera pública causou para a história política moderna. O intervalo temporal que separa o início e a conclusão deste processo, mais uma vez vem demonstrar que a construção do Estado moderno foi lenta e descontínua, sobrevivendo em meio a avanços e retrocessos, diferenciais em cada unidade de poder.

2.1.3. A despersonalização do poder

Como explicitado anteriormente, o Estado moderno fincou suas raízes em meio ao absolutismo monárquico, onde o poder soberano foi colocado nas mãos dos monarcas, depois de se sobrepôr a interminável disputa encetada entre as redes internas e externas de poder. Contudo, esta centralização de poder não foi acompanhada em celeridade, de uma estrutura fortificada do aparato administrativo e burocrático, apta a fornecer um mínimo de autonomia perante a figura pessoal do príncipe. Esta base, imprescindível para oferecer apoio e sustentação ao poder, apesar de já ser existente, solidificou-se posteriormente à centralização do poder soberano.

A concentração principesca do poder inseriu a celeuma sobre a absorção quase completa do corpo político, ou seja, o soberano, antes líder deste corpo, passou a ser considerado como sua encarnação. Esta apropriação impediu que o Estado pudesse ser separado nitidamente da pessoa do soberano, então reputado como peça única da unidade

libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p.31.

⁸ Brum Torres ressalta que essa transposição, na Inglaterra, ocorreu somente no final do século XIX, quando a expressão "domínios privados de Sua Majestade" aparece inscrita em documentos nacionais. Na Alemanha esta separação concretizou-se somente depois da morte de Frederico, O Grande, quando todos os seus domínios foram considerados de propriedade pública. Posteriormente, para que a consolidação do

política e administrativa. O monarca, representante do Estado, posou não como seu símbolo, mas como sua realidade concreta e indivisível. Referindo-se a famosa frase de Luís XI, que disse: “Eu sou a França”, Brum Torres assevera: “... é certo que a construção em primeira pessoa visa reforçar ao máximo a idéia de uma identidade de rei e reino, a qual, no entanto, é relativizada e até denunciada por estes próprios enunciados. O que neles se expressa, manifestadamente, é a vontade de exercer um poder sem contestações.”⁹

O exagero preconizado pelo Absolutismo, em todas as suas vicissitudes, que primeiro teve o apoio e depois o repúdio da burguesia, consistiu em uma etapa de formação da Nação, que no caso específico da França, resultou na eclosão dos conflitos presenciados no final do século XVIII, reflexos de um movimento de cenário mundial. Sem a desvinculação entre a máquina estatal e a pessoa do monarca, não haveria autonomia política do Estado, o que além de estar na contramão da crescente organização do poder político, afastaria a caracterização do mesmo em um sentido moderno. Como se vê, a despersonificação em muito se aproxima da despatrimonialização do poder, já que ambos se dirigem à separação entre o soberano e o Estado. Para desfazer a confusão deste avizinhamento, observa-se em primeiro lugar ao referencial do patrimônio, de modo a distinguir entre bens públicos e pessoais do soberano e, depois, examina-se o tipo de representação exercida pelo príncipe. A despersonificação do poder está diretamente ligada a esta representação, pois enquanto o monarca absoluto se identificava com o próprio Estado, o líder maior do Estado moderno surge como um representante do Estado e das forças populares, um gestor da administração pública.

Como é logicamente perceptível, essa discussão, longe de se resumir nessas breves linhas, remete a um processo muito mais abrangente, que concerne a estruturação da esfera pública, ao mesmo tempo, com a contraposição do campo da autonomia privada. Esta oposição configurou-se em um plano de objetivos, como decorrência da própria discórdia entre os setores, face ao poder público se arrogar na incumbência do interesse comum, e os particulares, resignados em uma ordem privada, construírem uma esfera para a concretização dos seus interesses pessoais. A organização de um exército e de uma burocracia estatal permanentes implementa a esfera pública, enquanto que aqueles que não ocupam um cargo

poder real se efetivasse, a distribuição dos cargos públicos encorpou uma nova forma de patrimonialismo dentro do Estado, então denominada de neo patrimonialismo. BRUM TORRES, João Carlos. Op. cit. p. 54.

⁹ Ibid., p.75.

na administração estatal, por estarem isolados da participação neste poder, formam o setor privado. Sobre esta polarização, infere Habermas:¹⁰

Neste sentido estrito, 'público' torna-se sinônimo de estatal; o atributo não se refere mais à 'corte' representativa, com uma pessoa investida de autoridade, mas antes ao funcionamento regulamentado, de acordo com competências, de um **aparelho munido do monopólio da utilização legítima da força**. [sem grifo no original] O poderio senhorial transforma-se em 'polícia'; as pessoas privadas, submetidas a ela enquanto destinatárias desse poder, constituem um público.

Como ressaltou o autor, a formação do espaço público consistiu em um alcance muito maior, entendido como um amplo processo de publicização, que contribuiu decisivamente para a gênese do Estado moderno. Esta formulação influenciou na realização e aplicação da justiça, não só distinguindo os campos do direito público e privado, mas firmou o pressuposto para que o Estado, enquanto poder público, tomasse definitivamente o monopólio da utilização legítima da força. Indubitavelmente, isto só foi possível devido ao movimento constante de centralização do poder, com o atributo de soberania interferindo na produção de mandatos normativos, enlaçado a um corpo eficaz de funcionários, capaz de aplicar todas essas disposições. Esta monopolização no campo do direito, como fruto mesmo do Estado moderno, fez-se sob um processo semelhantemente secular, que será adiante detalhado.

2.1.4. A centralização da Justiça estatal

Historicamente, a aplicação da justiça pode ser considerada como um atributo do poder político, pois é exercida e controlada por aqueles que detêm a dominação política de um determinado agrupamento humano. Durante o regime feudal, era comum a convivência de vários tribunais em um mesmo território,¹¹ cada qual munido de uma competência específica, o que gerava a multiplicidade de critérios de decisão. A própria desagregação política era a maior responsável pela instabilidade jurídica deste interregno, creditada como

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 31/32.

¹¹ A organização da aplicação do direito na Inglaterra do século XII, acolhia uma ordem trina de tribunais: os dos senhores feudais, preocupados com a justiça nos limites do feudo; os tribunais eclesiásticos, restritos a assuntos religiosos, que não eram poucos na época; e, por fim, os tribunais reais que detinham uma pequena competência, composta de tudo o que os tribunais anteriores não englobavam, por não estarem em seu rol de interesses, como assinala: TREVELYAN, Georges Macaulay. **Historia política de Inglaterra**. Tradução de Ramón Iglesia. México: Fondo de Cultura Económica, 1958. p. 102 et seq. Na França prevalecia a justiça feudal e a justiça senhorial, esta equivalente aos tribunais dos senhores feudais ingleses e aquela, instância final para a resolução de conflitos entre suseranos e vassalos, o que não impedia a atuação da justiça religiosa, de acordo com BRUM TORRES, João Carlos. Op. cit. p. 58-62.

intolerável pelas crescentes necessidades econômicas¹² e políticas de unificação e centralização. Propagava-se a estipulação de um direito igual para todo o território, que não estivesse mais sujeito aos arbítrios privados, maculados pelos interesses pessoais, tal era a única solução capaz de responder à urgência da garantia de segurança jurídica, para fornecer uma base segura para as relações interpessoais, principalmente as de ordem econômica.

A decadência do regime feudal realizou-se concomitante ao enfraquecimento e esvaziamento dos tribunais senhoriais, ao mesmo tempo em que a soberania real se sobrepunha aos interesses locais, fazendo do monopólio da justiça uma de suas armas de dominação. Os tribunais reais precisavam oferecer benefícios que os outros tribunais não proporcionavam, como o aumento do grau de certeza nos julgamentos, o que foi implementado às custas dos esforços incansáveis para estabelecer a sistematização dos regulamentos reais e, também, com o aperfeiçoamento de técnicas processuais que tornavam os julgamentos mais rápidos e similares em forma. Vários instrumentos foram dispostos para que esta transição se completasse, como o ressurgir de institutos jurídicos antigos com uma nova roupagem, no intuito de encerrar nos tribunais reais toda a competência cumulada pelos tribunais dispersos. Exemplo disso foram as categorias técnicas e a jurisprudência do antigo Direito Romano, reavivadas em um movimento avassalador que perpassou, entre outros, Itália, França, Holanda e Inglaterra, empreendido por obra de juristas formados em universidades, que imprimiram maior calculabilidade técnica para todo o Direito.¹³

Denota-se que o monopólio estatal da produção e aplicação do direito construiu-se através de muitas lutas para alcançar áreas antes deixadas ao alvitre particular, que eram ocupadas pelos tribunais senhoriais. A partir de então, a tarefa de legislar, que já era exercida pelo monarca, intensificou-se abrangendo diversas matérias,¹⁴ regulando com mais afinho as

¹² Esta necessidade econômica é resultante da ampliação das bases territoriais das corporações locais, que antes estavam restritas às cidades e, ao crescerem, precisavam do apoio político oferecido pelas estruturas do recém Estado moderno, fomento da burguesia insurgente, como observa HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 31.

¹³ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, [1986?]. p.77: "Sem esse racionalismo jurídico, não se poderia compreender o surgimento do absolutismo real, nem a grande Revolução." Weber faz aqui alusão à Revolução Francesa.

¹⁴ Na França, os tribunais possuíam o direito de editar regulamentos locais, válidos somente em sua jurisdição. Ocorre que o conselho real além de poder invalidá-los, o que comumente fazia, pois era jurisdição superior, também promulgava outros regulamentos, quase sempre na mesma matéria, só que com disposições diferentes e com validade geral para todo o reino. No final do século XVIII, as disposições conflitantes em sentido, concernentes a mesma matéria, formaram um confuso emaranhado legislativo.

relações privadas e também estipulando normas para o feixe de relações inauguradas entre o Estado e o indivíduo. Isto, por certo, é resultado também da própria formação da esfera pública, enquanto a contraposição da esfera privada trouxe aos particulares o poder de interpor, frente ao Estado, manifestações de direito privado.¹⁵

Teve vigência a época das grandes codificações, quando os monarcas encomendavam para os juristas de sua confiança a tarefa de reunir toda a legislação esparça e complementá-la, de modo a retirar-lhe as ambigüidades e conceder maior rigor técnico e aplicabilidade. O império da certeza e da segurança jurídica erigiu-se não somente para os usuários das prestações jurisdicionais, mas, principalmente, para o príncipe, que usufruía deste controle e da organização da justiça. Todo esse processo designou a publicização do direito, oriundo da emergência da esfera pública, atraindo o monopólio da violência legítima para a órbita do Estado, que ocupou-se da tarefa de elaborar e aplicar as leis dentro do seu território.

Uma peça essencial para o perfeito desenvolvimento desse aparato de justiça foi elaborada pelo grupo de funcionários reais que pouco a pouco foram hierarquizados, desenvolvendo um saber técnico especializado, para cumprir as determinações legais da maneira mais rápida e eficiente possível. Esta estrutura de funcionários, divididos de forma que cada um desempenhasse um dever específico, além de propiciar o crescimento do domínio de técnicas em cada área, viabilizou a aplicação da justiça e contribuiu para o fomento dos ajustes necessários para aumentar o seu rigor e efetividade.

A centralização e a publicização da justiça consistiram em um importante passo para a caracterização do *jus puniendi* como direito exclusivo do Estado, que tomou para si o monopólio legítimo da violência punitiva. Examinar-se-á adiante como se configurou o direito de punir no Estado moderno.

2.1.5. O direito de punir no Estado moderno

As profundas modificações sobre a gênese do poder político e que ensejaram o Estado moderno, inauguraram um novo teor para as relações entre este e o indivíduo. Isto não poderia deixar de se refletir nos fundamentos do *jus puniendi*, que foi transformado por obra do movimento de reforma penal, para adequar-se a esta nova ordem de relações. A onda

TOCQUEVILLE, Alexis de. *El antiguo regimen y la revolución*. Tradução de Angel Guillen. Madri: Guadarrama, 1969. p.72.

reformista ganhou fôlego na Europa depois da segunda metade do século XVIII e no início do século XIX, época de notável efervescência política. Contudo, para melhor expô-la, volte-se os olhos para um passado um pouco mais remoto, no decorrer do século XVII, período de formação do Estado moderno, que, para o direito de punir ficou mais conhecido como a “era dos suplícios”. Antes de significar apenas um tipo de punição, os suplícios traduzem uma concepção acerca do poder de punir e da soberania real absoluta.

O *jus puniendi* durante o século XVII estava praticamente monopolizado pelo príncipe, apesar da Igreja ainda deter a jurisdição sobre uma fatia generosa de condutas delituosas, ao lado de uma diminuta competência dos tribunais senhoriais. Um termômetro seguro para aferir o modelo de direito de punir sustentado pelo poder político, consiste em examinar seu conceito de crime. Veja-se a França, regida pelas Ordenanças, datadas de 1670, onde o crime era repellido por se tratar de uma tríplice ofensa: contra a vítima, para a qual o dano poderia ser material ou moral; contra a lei, que foi violada pela conduta criminosa; e principalmente contra o soberano, fonte primeira da lei, que a revestia de legitimidade, tornando-a válida. Com base nisso, considera Foucault:

O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. (...) A intervenção do soberano não é portanto uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais do que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que o ofendeu.¹⁵

O crime é comparado a uma ofensa física contra o príncipe, que ao punir, age para reintegrar a sua soberania, lesada no instante da prática delituosa. O soberano não pune para restabelecer a ordem turbada pelo crime e nem para impedir um confronto destrutivo com a vítima, mas tomando o lugar desta, *personifica a punição* contra o ofensor, com o fito único de se vingar, impondo a ele um sofrimento físico pelo desrespeito a sua lei. Ao mesmo interim em que há centralização do direito de punir, há uma incrível personificação de tal poder, a ponto da pena ser reduzida a uma vingança do soberano, que é obrigado a reagir contra uma ofensa de ordem pessoal e física.

O suplício foi uma das resposta do príncipe contra o crime. Mas, em que consistiu o suplício? Foi a punição realizada para causar sofrimento físico ao culpado e quanto maior

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. nota 39, capítulo I.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 45.

fosse esta dor, mais suprema seria a pena dentro da escala hierárquica, já que eram classificadas conforme o grau de dor que causavam e aplicadas de acordo com a gravidade do delito cometido. Mas, o suplício não tinha apenas o intuito de matar, mutilar ou torturar, ele se completava em um ritual que deveria ser minuciosamente obedecido, em uma execução aberta para uma grande platéia, o que o identificava com um espetáculo em que o público interagira ativamente.¹⁷

Observe-se o exemplo de Portugal, regido pelas Ordenações Filipinas desde 1606, vigentes também no Brasil colonial, em que havia a previsão de quatro tipos de mortes, conforme a gravidade do crime verificado pelo juiz: morte natural, na qual os suplícios eram o meio de tornar a execução o mais lenta e dolorosa possível; morte atroz, onde agravantes se somavam à pena capital, como confisco de bens, queima do cadáver e esquartejamento; morte simples, mera execução sem nem um tipo de suplício, como a decapitação; e, por fim, a morte civil em que o indivíduo perdia todos os seus direitos, como no caso de deportação e prisão perpétua.¹⁸ As três primeiras mortes eram executadas, tanto em Portugal como no Brasil, em espetáculos públicos, para os quais havia lugares especialmente destinados, como os pelourinhos e as forcas públicas, construídos em lugares centrais dos povoados, para facilitar o acesso de todos.

A participação do público era de extrema importância para a eficácia da punição, que muito além de apenas torturar um indivíduo, cumpria com o objetivo de demonstrar a todos que o soberano e o súdito estavam separados por um imenso abismo, pois o soberano comandava o território de cima de um pedestal, detinha um poder de inestimável superioridade e jamais poderia ser igualado ao súdito. O fato de ver todos os sofrimentos impostos ao condenado, além de incutir o medo de violar a lei do soberano, aproximava-os da idéia de sua superioridade, base da soberania real absoluta.¹⁹

Outra marca do *jus puniendi* no século XVII, consequência da idéia de poder soberano absoluto, afirmou-se face ao reconhecimento de que o poder de julgar e executar a condenação era mera concessão aos magistrados, já que este poder pertencia exclusivamente ao soberano, fonte de toda a lei. Essa delegação de poder era visível, quando o príncipe

¹⁷ Ibid., p. 53.

¹⁸ THOMPSON, Augusto F.G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 99/100.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 46.

intervinha diretamente no andamento da justiça real, com a decisão de perdoar um culpado, impedindo que a pena fosse executada sobre ele. Fora esse caso específico, havia outras situações que permitiam a manifestação da justiça retida do monarca sobre o funcionamento normal do aparato de justiça.²⁰ Essa construção, sem dúvida, comprometia a certeza da justiça penal e foi duramente combatida pelos responsáveis pela futura reforma.

No século XVII, o processo instaurado para verificar a culpa guarda uma razoável distância com as disposições que regem o Processo Penal moderno.²¹ Consistia em um procedimento secreto do início ao fim, onde a forma imperava sobre o conteúdo das normas, o indivíduo não era informado acerca das acusações, as provas estavam hierarquizadas em ordem de importância, onde os indícios e as presunções ocupavam um lugar de destaque. Todo o conjunto probatório apanhado no processo era destinado para culminar em um momento chave: a confissão.

Entretanto, para além destas diferenças, há uma que mais se refere ao presente estudo, pois está diretamente conexa com a culpa. Para que uma punição fosse aplicada contra o acusado de algum delito, não era imprescindível que a culpa tivesse sido completamente formada, ou seja, a partir do momento em que um indício fosse encontrado e reputado como aceito, o acusado já estava sujeito a uma pena. Sobre o assunto, expõe Foucault:

A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia-prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado ... Enfim, a demonstração em matéria penal não obedecia a um sistema dualista: verdadeiro ou falso; mas um princípio de gradação contínua: **um grau atingido na demonstração já formava um grau de culpa e implicava conseqüentemente num grau de punição.** [sem grifo no original]²²

Os indícios ensejavam punições iniciais ou seja, a pena era aplicada em partes, antes da reunião de todas as provas que concluíssem pela culpa. O mesmo autor explica que este procedimento cumpria duas finalidades: a primeira era a de impedir que uma *culpa parcial* causasse a sensação de impunidade; a segunda, era de *incentivar* uma confissão do acusado,

²⁰ BRUM TORRES, João Carlos. Op. cit. p.60.

²¹ A Inglaterra é uma exceção a regra seus vizinhos continentais, onde surpreende constatar que os traços inquisitórios do processo penal, que infelizmente ainda rondam legislações ditas modernas, foram revolucionados quase que por completo de sua história durante o reinado de Henrique II, no século XII. CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 1960. v.1 p.195.

sobre fatos que ainda não estivessem provados e, assim, elucidar o crime e aplicar o restante da pena.

De todo o exposto, percebe-se que este modelo de *jus puniendi*, além de estar confinado aos limites do absolutismo da soberania real, matriz inspiradora de seu caráter, estava em amplo desacordo com as exigências de certeza e segurança jurídica, que imprimiu novas técnicas e novos valores para todo o Direito. A justiça punitiva do século XVII era extremamente deficiente, fundamentalmente por dois motivos: porque realçava um excesso de poder para o soberano sobre a diminuição de direitos para o súdito, o que resultava em um desequilíbrio de poder; em segundo plano, eivava o Direito do arbítrio dos magistrados, aos quais era permitido adicionar elementos pessoais na forma de decidir sobre a verdade das acusações, já que, no mais das vezes, julgavam conforme a conveniência dos interesses políticos e econômicos de particulares, aos quais estavam vinculados. Aliás, como foi comentado anteriormente, não eram somente os interesses particulares que interferiam nas decisões, mas também a justiça retida dos monarcas, que, por vezes, impedia a execução de penas.

Calcado nestas deficiências, um amplo movimento de reforma do modelo de poder de punir proliferou em toda a Europa, pleiteando sua modificação e adaptação, conforme as exigências de certeza e segurança jurídica. Os reformadores da justiça punitiva empunhavam a bandeira do humanismo das penas como forma de extinguir os excessos incentivados pelo sistema, então em vigor, como os suplícios. Entretanto, a verdade que animou os propósitos dos reformadores estava mais no fato de que as lacunas e os **desequilíbrios de poder** tornavam a justiça punitiva defeituosa e ineficiente. Punia-se pouco e com exagero, exigia-se uma justiça que punisse em maior escala, nem que fosse com menos rigor, mas que atingisse condutas que não podiam mais ser toleradas. Em tese não havia um abuso de poder, mas, certamente, mau uso e distribuição do mesmo.²³

A própria derrocada do absolutismo, franqueou a inserção dos objetivos reformistas, já que estavam em curso a despatrimonialização e despersonificação do poder político. Com a consolidação do Estado moderno, o poder absoluto do monarca perde espaço para um poder soberano que prima não só pela centralização do poder, mas, internamente, dirige suas

²² FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 41.

²³ Ibid., p. 73 e 76.

ações para promover o desenvolvimento do território e dos particulares que ali habitam, submetidos a este poder. Os interesses do Estado não mais se resumiam na vontade pessoal do monarca e de sua realeza, mas se ampliaram, vindo de encontro com o crescimento do poderio econômico da burguesia, que ansiava melhores condições para a expansão de seus negócios internos e externos. O Estado não se move somente na conveniência do líder absoluto, que era o monarca, mas dirige-se para a eleição de critérios ou valores que serão protegidos e alcançados, assim delinea-se a **razão de Estado** como o conjunto desses critérios que nortearão as ações políticas. Inegável que a razão de Estado, no período dessa transição da justiça punitiva, principalmente no século XIX, obedece mais aos interesses de ordem econômica da burguesia e política da minoria dirigente, do que a um suposto interesse comum.

Esta razão de Estado, que em tese representa os interesses de todos os indivíduos de um território, passou a direcionar também o *jus puniendi*, influenciando a concepção de crime, que é agora combatido porque colide com o conteúdo desta razão. Ou seja, é interesse do Estado estipular condutas criminosas e punir aqueles que as violarem, para propiciar, por exemplo mais comum, a segurança interna e promover a paz social. O crime deixa de ser considerado uma ofensa pessoal contra o soberano, para ferir a ordem legal baseada na razão de Estado. O crime atinge, em último lugar, aos interesses nacionais defendidos pelo Estado.

O movimento de reforma colheu seus frutos quando muitos Estados europeus proclamaram novos Códigos ou projetos,²⁴ elaborados de acordo com a mais polida técnica legislativa da época, momento no qual a justiça punitiva apareceu mais enxuta, prevendo mais direitos aos indivíduos, para que não ficassem em extrema desigualdade frente ao poder do Estado e, por outro lado, abrangendo toda uma série de condutas antes esquecidas. As punições são abrandadas e os suplícios encontram o seu fim, em grande parte da Europa, na primeira metade do século XIX.²⁵ Antes de pormenorizar as alterações introduzidas na justiça punitiva, procurar-se-á nas próximas linhas, limitar-se ao exame da relação entre o Estado e o indivíduo. Pois, se o direito de punir modificou-se pela formação do Estado, que

²⁴ Ibid., p. 13: Conheça-se algumas datas em que o movimento de codificação se manifestou: "... Rússia, 1769; Prússia, 1780; Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França 1791, ano IV, 1808 e 1810." (p. 13). Em Portugal houve a autorização da rainha D^a. Maria, em 1778, para a estruturação de projetos de novos Códigos, inclusive para a matéria criminal. Todavia, mesmo depois de formulados, estes jamais se transformaram em lei, pois o novo Código Penal surgiu no Brasil em 1830 e em Portugal, apenas em 1852, como assinala: THOMPSON, Augusto F.G. Op. cit. p. 119 e 138.

²⁵ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.19.

agregou seus interesses internos sob uma suposta *razão*, o direito de liberdade individual²⁶ também encontrou novas proporções em um espaço ampliado.

Com este objetivo, situa-se neste instante, em vez do Estado, o indivíduo, pois importa também verificar sua posição frente a este processo de alteração da justiça punitiva. O vassalo possuía poucos direitos de liberdade física, previstos pelo costume e pelo contrato feudal, que podiam ser opostos tanto nos tribunais senhoriais, como nos reais. Entretanto, isto não significa que não havia um restrito regime de direitos individuais, mas somente que este regime era destinado para algumas classes, como a nobreza e os senhores feudais, que gozavam de vários privilégios econômicos e políticos. A prática de acepções entre as pessoas, impedia que os direitos pudessem ser usufruídos por todos, indistintamente. Ressalta-se que o vassalo não foi substituído pelo cidadão, portador de direitos e deveres de ordem pessoal e política, mas, pelo súdito, indivíduo que também era assistido por poucos direitos, inclusive o de liberdade individual e, principalmente física, mas que eram, em sua maioria, sufocados pela superioridade e arbitrariedade do príncipe.

A constituição do Estado moderno, com toda sua estrutura burocrática, impessoal e autônoma, aliada a própria formação da esfera pública separada do setor privado, ofereceram o terreno ideal para que o súdito viesse a ser considerado cidadão, porque além de reafirmar seus direitos individuais, como a liberdade física, elaboração formulada muito anteriormente, protestou também pelo reconhecimento de sua liberdade política. Estas modificações não foram abruptas e nem operadas facilmente, muito pelo contrário, podem ser reconhecidas como verdadeiras conquistas, galgadas lentamente, à custa de muito sangue derramado. Inegavelmente, nestes termos, o *status* de cidadão foi proclamado com afinco na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

²⁶ “...os direitos civis, depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como ‘direitos individuais ou liberdades individuais’ ou ainda ‘liberdades fundamentais’. Todavia, a expressão direitos individuais é entendida sobretudo no sentido de ‘direitos públicos individuais’, isto é, direitos ‘concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade’” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 519. Adota-se nesta pesquisa o **sentido liberal** da expressão direitos individuais, com especificação do direito à liberdade, sinônimo de liberdades individuais ou liberdades fundamentais, como contextualizou Canotilho. No decorrer deste trabalho utilizar-se-á a expressão “direito de liberdade” ou “liberdade individual”, o qual traduzirá, principalmente, a liberdade física, já que o poder de punir do Estado moderno se perfilhou ao cerceamento da liberdade física como principal pena para punir os infratores da lei. Contudo, isto não significa que atualmente esta seja a única liberdade ameaçada pelo Processo Penal ou afetada pela pena.

A Revolução empreendida na França no final do século XVIII, que estendeu conseqüências até o início do século XIX, influenciou os reformadores da justiça punitiva, pois o ideário político de liberdade física e individual também lhes dizia respeito. Os revolucionários sustentavam não apenas o reconhecimento do direito de liberdade do indivíduo, notadamente o que trata da liberdade política frente aos seus iguais, mas a sua garantia contra qualquer investida do poder político. A Revolução teve como efeito principal a destruição de velhas instituições feudais, que sobreviviam em meio às estruturas modernas, impedindo seu franco desenvolvimento ao conceder privilégios para a nobreza, o que aumentava o nível de desigualdade social, como explica Tocqueville:

... se ve claramente que esta Revolución no tuvo por efecto más que abolir las instituciones políticas que, durante varios siglos, habían reinado sin competencia en la mayor parte de los pueblos europeos, y que se designan de ordinario bajo el nombre de instituciones feudales, para sustituirlas por un orden social y político más uniforme y más sencillo, que tenía por base la igualdad de condiciones.²⁷

A desigualdade de direitos que reinava na França no período anterior a 1789, era o que causava maior revolta, principalmente para os burgueses, que tinham poder econômico mas, eram inferiores em direitos. Outro resultado da Revolução, dez anos depois de iniciada, longe de ser apenas a afirmação dos direitos individuais, ilustrou a preocupação com a estrutura do Estado moderno, apta para regular as relações entre este e o indivíduo. Veja-se um trecho da proclamação do Frimário, repetido depois no 18 Brumário de Napoleão Bonaparte, sobre as quais Jouvenel tece semelhante comentário: “Os poderes por ela instituídos serão fortes e estáveis, como convém à garantia dos direitos dos cidadãos e dos interesses do Estado.”²⁸ Os direitos de homem e os interesses do Estado estão avizinados na ordem de proteção pretendida pelo Brumário.

De certa forma, os homens da Revolução Francesa iniciaram o movimento imbuídos da necessidade de afirmar os direitos do homem, como a liberdade, a igualdade e a propriedade, por eles considerados naturais e inalienáveis por causa dos constantes atos de desrespeito pelo super poder monárquico e dos abundantes privilégios pessoais desfrutados pela nobreza, herdados da estrutura feudal. No entanto, depois que a Revolução terminou,

²⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. Op. cit. p. 47/48. Tradução: “... se vê claramente que esta Revolução não teve como efeito mais do que abolir as instituições políticas que, durante vários séculos, reinaram sem competência na maior parte dos povos europeus, e que se designam comumente sob o nome de instituições feudais, para substituí-las por uma ordem social e política mais uniforme e mais singela, que teria por base a igualdade de condições.

seus mentores políticos perceberam que não bastava afirmar que o homem possuía direitos individuais e que eram iguais em direitos e deveres, mas era essencial fortalecer a estrutura do Estado, para que esses direitos fossem garantidos contra quem se opusesse a eles. Para os revolucionários, os direitos dos cidadãos não estavam mais isolados, mas se faziam acompanhar dos interesses do Estado, que deviam ser efetivados por poderes fortes e estáveis. A inovação do período posterior à revolução foi a afirmação da idéia de Nação, sustentáculo dos interesses de Estado, que além de estabelecer uma nova fronteira política para o Estado, influenciou toda a concepção acerca da relação entre o Estado e o indivíduo.

Enquanto o *jus puniendi* estava centralizado nas mãos do soberano absoluto, que o exercia como uma prerrogativa pessoal, o *jus libertatis* do indivíduo, apesar de reconhecido, nem sempre era respeitado pelas práticas do monarca. Mesmo quando o príncipe reconhecia que tinha o dever de respeitar os costumes e as leis para governar e ser aceito, o fato de ele ser o próprio fundamento da lei, tornava qualquer direito individual ínfimo frente as imposições reais, nenhum pleito desta ordem era aceito para impedir que o monarca tolhesse a esfera de direitos e liberdades individuais. Era um super poder de punir que submetia um frágil e isolado direito de liberdade individual.

Com as modificações introduzidas por meio da estrutura do Estado moderno, o *jus puniendi* agora encontra seu fundamento em uma razão de Estado, que o autoriza estipular condutas criminosas e punir seus violadores. O *jus puniendi* se manifesta como um dos instrumentos que o Estado dispõe para realizar sua razão, concretizando os interesses nela depositados. Todavia, o Estado não assumiu somente a tarefa de cumprir os interesses inseridos em sua razão, para a qual utiliza o *jus puniendi*, mas de reconhecer os direitos individuais na ordem estatal, o que significou uma conquista do cidadão, ao adotar também a tutela do *jus libertatis* do indivíduo como um dos seus deveres. Desde então, a gênese do Estado está marcada por esta ambigüidade: exercer o *jus puniendi* contra os indivíduos, mas garantir o *jus libertatis* dos mesmos, lados opostos e contraditórios que, longe de se completarem, anulam-se, pois onde há o direito de punir, há a provável exclusão do direito de liberdade. A fronteira que os separa é tênue e a convivência entre ambos os direitos, no mesmo espaço, jamais deixará de ser conflitante.

²⁸ JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno: uma história das idéias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 113.

A tensão que existe entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, antes de se resumir em uma simples construção de limites mútuos, ou seja, um direito como limite de atuação excessiva do outro, como um perfeito sistema de equilíbrio, oculta uma lógica de preponderância de um sobre o outro, que se resolve em uma opção política impressa na justiça punitiva, em privilegiar mais uma esfera em detrimento da outra. Todavia, o Estado comprometido em proteger a liberdade física individual, não atua somente no corpo social, coibindo as condutas lesivas a esta liberdade, mas, principalmente, contra o seu próprio exercício punitivo, que representa o maior óbice para o exercício pleno desta liberdade.

Nesse sentido, expressa-se a relação entre o Estado e indivíduo dentro do Processo Penal, espaço onde o direito de punir se manifesta com mais vigor contra o direito de liberdade individual. Da tensão entre punir e libertar, surge a presunção de inocência, resultado da nítida opção política em proteger a liberdade do indivíduo, frente ao poder punitivo do Estado.

2.2. Os três significados históricos da presunção de inocência

A presunção de inocência inicialmente se afirmou como um direito individual de liberdade do indivíduo, oposto contra o arbítrio do soberano absoluto, que detém o monopólio da violência legítima, na expressão direta do poder de punir. Entretanto, a simples análise de sua literalidade, alude à incerteza que paira acerca de seu significado. Afinal como admitir que uma pessoa exerce um direito de presunção,* entendendo direito e presunção em sentido técnico? Percebe-se que este tipo de método, para este caso, não é o mais eficaz.²⁹

A perfeita compreensão sobre a presunção de inocência, no que diz respeito a sua definição e limites no Direito e no Processo Penal, faz-se possível a partir do momento em que suas vicissitudes históricas são consideradas como parte integrante do seu significado. Este será o ponto de partida para o exame que se empreenderá nas páginas subseqüentes,

* Há autores que acreditam que a presunção de inocência atua como uma presunção a favor do acusado, até que se prove o contrário, o que a encaixaria na classificação de uma presunção *juris tantum*, categoria que denomina a presunção como regra probatória, a qual é francamente utilizada no direito civil. Todavia, o estudo que será adiante desenvolvido não se coaduna com esta classificação, porque apresenta a presunção de inocência como um conceito elaborado historicamente, que abriga um conteúdo de direito fundamental, que nada tem a ver com uma mera presunção em sentido técnico.

²⁹TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madri: La Ley, 1993. p.13.

com o fito de fixar prévia e genericamente o entendimento sobre a presunção de inocência no âmbito da presente pesquisa.

A presunção de inocência possui três orientações distintas, oriundas de contextos históricos próprios, desdobradas posteriormente no interior de cada ordenamento jurídico que a adotou. O primeiro significado da presunção de inocência foi sustentado no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada na França em 1789; o segundo, consolidou-se no debate das escolas penais italianas, culminado na atual redação do artigo 27.2 da Constituição italiana; e o terceiro e último, mais próximo temporalmente, desenvolveu-se nas Nações Unidas, primeiramente com o artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 1948, ocasião em que foi subscrita por diversos países, seguida por outros textos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que serão oportunamente tratados.

2.2.1. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

Como foi anteriormente observado, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, adiante DDHC, representa um dos mais importantes documentos históricos de conquista dos direitos individuais perante o arbítrio do poder real. A simples análise de seu conteúdo, traduzido em seu preâmbulo na afirmação de: "... direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem..."³⁰, demonstra todo o apego da época ao ideário Iluminista, que defendeu os direitos individuais do homem, classificados como naturais e absolutos, produtos da razão humana. O jusnaturalismo intentou descobrir e estabelecer direitos universais, através do racionalismo abstrato, método que uniu diferentes autores em torno da revelação do direito contido na natureza.³¹

Por outro lado, a manifestação da DDHC veio estabelecer uma nova base para a concepção de Estado, que parte do reconhecimento dos direitos individuais como limites para sua atuação desmedida. A segurança do indivíduo e a proteção de seus direitos são

³⁰ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos humanos: instrumentos internacionais documentos diversos**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1997. p. 14.

³¹ BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 15/16. Vários autores, como Hobbes, Rousseau, Leibniz e Locke, com diferentes concepções, reuniram-se em torno do mesmo método, o que concedeu ao jusnaturalismo sua unidade.

tarefas do Estado, reguladas com base em um esquema de leis, dirigidas pela sua razão, que não prevê mais um direito de punir arbitrário e desequilibrado.

A DDHC, no que tange ao tratamento do acusado de algum delito, não deixa de ser fruto do movimento de reforma da legislação punitiva, em curso na segunda metade do século XVIII, como foi anteriormente referida.* Este movimento, que será agora melhor examinado, teve como marco inicial a obra de Marquês de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*,³² publicada em 1764, que concretizou as idéias posteriormente defendidas pelo grupo, composto de filósofos e de juízes, que tinha como objetivo reagir contra o desequilíbrio de poder, característico do absolutismo, que concentrava o poder de punir em poucos pontos, punindo com exagero, contudo, sem agir sobre todo o corpo social.³³

A obra de Beccaria funda-se no contratualismo, afirmando que cada homem cedeu uma parcela de sua liberdade para que fosse depositada em um lugar comum. Somente a necessidade extrema faz com que o homem abra mão de parte de sua liberdade, para possibilitar a vida segura e ordenada dentro da sociedade. Estas parcelas de liberdade precisam ser defendida contra os ataques particulares, matriz que fundamenta o direito de punir do soberano. Nesse sentido, para Beccaria, a pena deve resultar da *necessidade absoluta* de proteção da liberdade, para não ser tirânica: “Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos.”³⁴ A segurança e a liberdade de todo o grupo social são os interesses maiores do soberano, a ponto de justificar a supressão temporária da liberdade do indivíduo que violou a lei, expressão da vontade geral. Ao mesmo tempo percebe-se que a garantia da liberdade é expressamente uma das tarefas do soberano.

* Vide item 1.1.5.

³² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³³ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 75 e 76. “A reforma não foi preparada fora do aparato judiciário e contra todos os seus representantes; foi preparada, e no essencial, de dentro, por um grande número de magistrados e a partir de objetivos que lhes eram comuns e dos conflitos de poder que os opunham uns aos outros.” O autor ainda cita alguns nomes que na França contribuíram para o movimento de reforma da legislação punitiva, entre juízes e filósofos, como: Voltaire, Marat, Brissot, Le Trosne, Lecretelle, Target, Servan e Dupaty. Obviamente, o movimento estendeu raízes por toda a Europa, ganhando adeptos também em outros lugares.

³⁴ BECCARIA, Cesare. Op. cit. p. 42.

Referindo-se às torturas aplicadas contra os acusados de cometer algum delito, para que confessassem a autoria e, ao mesmo tempo, sofressem o castigo imposto por sua “meia culpa”,^{*} Beccaria afirma que estes recursos, além de cruéis, eram inúteis. As torturas, quando incidem sobre o indivíduo, imputam a ele o tratamento de culpado antes da sentença judicial, única que pode determinar esta condição e limitar a sua liberdade. Corre-se o risco de maltratar e condenar um inocente, forçado a assumir um crime devido aos sofrimentos que lhe são infringidos injustamente. Entre condenar um inocente e libertar um culpado, segundo este autor, a justiça punitiva deve preferir a segunda opção. Portanto, todo o acusado deve ser presumido inocente: “Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida.”³⁵ O autor afirma que não existe outra condição do indivíduo antes da sentença judicial, que não a de inocente, o que desautoriza a imposição de qualquer tipo de sofrimento corporal para que ele confesse os delitos. A tortura não é o meio mais eficaz para declarar a certeza sobre os fatos e transformar o inocente, condição natural do indivíduo, em culpado. Sem dúvida, esta passagem da obra de Beccaria ilustra seu inconformismo contra as penas que eram aplicadas com fundamento na aceitação de indícios, sem a culpa formada.

Este pequeno livro foi rapidamente traduzido para o espanhol e para o francês,³⁶ repercutindo por toda a Europa os principais fundamentos que alimentaram o movimento reformista, principalmente na França, onde além de estar em vigência a severidade do regime punitivo das Ordenanças de 1670, vivia-se um momento de efervescência cultural e política, propício para o enraizamento de idéias que intentassem destruir as permanentes desigualdades entre a nobreza e a burguesia, distanciadas por um conjunto de privilégios garantidos para a primeira e, também, as estruturas feudais, que persistiam em sobreviver.

Antes da DDHC ser aprovada pela Assembléia Geral francesa, Luís XVI, cedendo à pressão dos reformistas, suprime o tormento como forma de obter a confissão dos delitos, através de uma Declaração, em 1780. Entretanto, os condenados a morte ainda sofriam suplícios para que delatassem outras pessoas comprometidas com o crime. Em 1788,

^{*} Lembre-se que, como ressaltou Foucault (retro nota nº 22), no decorrer do processo penal do *Anciën Regimem*, uma “meia culpa” equivalia a uma “meia pena”.

³⁵ *Ibid.*, p.69.

³⁶ TORRES, Jaime Vegas. *Op.cit.* p. 15. O autor afirma que a tradução para o francês ocorreu em 1764 e para o espanhol, em 1766.

vésperas da Declaração histórica, um Editto reconhece a necessidade de reformar a justiça punitiva e extingue este último tipo de tortura prévia. Portanto, isso justifica o silêncio da DDHC sobre o assunto.³⁷ Ressalte-se que o suplício não foi extinto de uma só vez, assumindo outras formas como a morte por guilhotina na França, prática que alcançou o século XX.³⁸

Todavia, a DDHC avançou mais em relação aos princípios da justiça punitiva, instaurando três artigos que retratavam alguns dos pontos combatidos pelo movimento de reforma. Entre eles, a presunção de inocência, que se expressou no artigo IX: “Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; e ninguém pode ser castigado a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada.”³⁹

A influência da obra de Beccaria está manifesta na redação deste artigo, quando assevera o estado de completa inocência do indivíduo antes da declaração de culpa, que é emitida apenas na sentença judicial. Tal declaração é a comprovação processual da culpa, a qual retira do indivíduo o *status* de inocente e resulta na sua conseqüente condenação, permitindo a aplicação da pena. Um segundo aspecto pode ser observado no repúdio à prisão antes da sentença, aceita somente quando estritamente necessária e fundada na lei.

Este rigor no que afeta à prisão explica-se no fato de que este era o instrumento mais utilizado pelo príncipe para conter os súditos, afinal, ainda que estes não estivessem cometendo crimes, sofriam esta prática repressiva por estarem se conduzindo contra a vontade do soberano. A prisão era uma pena política, pois, como o soberano não podia puni-los pela prática de algum delito, expedia uma ordem de prisão contra a pessoa, que ficava detida por tempo indeterminado para que se *averiguasse* a sua situação. A prisão extrajudicial passou a ser repelida não só pelo movimento reformista, como também pelos juristas da época, já que não estava ancorada na lei, servindo apenas aos interesses reais.⁴⁰

³⁷ Ibid., p. 18.

³⁸ “Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. (...) A guilhotina, a máquina das mortes rápidas e discretas, marcou na França, nova ética da morte legal.” FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 16 e 17.

³⁹ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. Op. cit. p. 15.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 77.

Juridicamente, a presunção de inocência contida na DDHC, referia-se primordialmente ao tratamento do acusado no curso do processo que, uma vez findo, concluiria pela sua condenação ou absolvição. Afirmar que ele deve ser presumido inocente, até que sua culpa seja declarada por uma sentença judicial, significa que no *interim* existente entre a acusação e a sentença, o indivíduo deve ser tratado como inocente.⁴¹

2.2.2. O debate das escolas penais italianas

O segundo entendimento sobre a presunção de inocência desenvolveu-se na Itália, onde oscilações sobre o método e o objeto de estudo do Direito Penal alimentaram a filiação de estudiosos a escolas opostas, que ao colocarem suas concepções na controvérsia, engendraram um riquíssimo debate acerca de temas estruturais da disciplina. Primeiramente serão fornecidos os aspectos gerais de cada escola, para então centrar os esforços para ilustrar a interpretação particular dada à presunção de inocência.

2.2.2.1. A Escola Clássica

Há uma reconhecida dificuldade em especificar a Escola Clássica, devido ao fato de que sua atuação não se restringiu somente à Itália, mas confunde-se com o próprio movimento de reforma da justiça punitiva, perpetrado em toda a Europa durante os séculos XVIII e XIX. Ao que se agrava o fator de que não é pacífica a inclusão de autores, com suas respectivas teorias, sob o único manto denominado de Escola Clássica, nem mesmo há similitude e continuidade em sua produção teórica. Isso explica a necessidade de conceber dois períodos para agrupar esta produção: o primeiro seria o filosófico, ainda insuflado contra o poder arbitrário do príncipe e todas as atrocidades permitidas contra o indivíduo, através do mau uso do poder de punir, característica do Antigo Regime. Revestia-se, portanto, de uma inegável raiz revolucionária, apressada para reformar todo o aparato punitivo e instituir uma nova ordem. Já a segunda fase tinha um caráter mais conformado, pois as alterações perseguidas já tinham sido realizadas, o Direito Penal ambicionado estava em vigência e precisava ser continuamente aperfeiçoado, ajustado à instabilidade presente. É nesta segunda fase que a influência da presunção de inocência faz-se mais abrangente, momento que será intensificado o estudo nos limites dessa pesquisa.

⁴¹ Ibid., p. 19.

Vera Andrade, mesmo reconhecendo esta heterogeneidade, acredita que há uma unidade que permite a identificação da Escola Clássica, resumida em dois pontos centrais: o método lógico-abstrato ou dedutivo e o objeto delimitado nos meandros do Direito natural. Partindo disso, afirma que: “Em um sentido genérico, por Escola Clássica costuma designar-se as teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII até meados do século XIX, no âmbito da Filosofia política liberal clássica.”⁴² Por concentrar um método e um objeto específicos, as teorias construídas neste período e de acordo com esta unidade, podem ser agrupadas sob a mesma epígrafe.

A influência dos princípios políticos liberais, comuns ao Estado moderno, estava presente entre os clássicos, que desejavam organizar os limites do poder punitivo para impedir os arbítrios de outrora. O princípio central é o da separação de poderes, com a previsão do corpo Legislativo autônomo, capaz de emitir leis gerais e abstratas, acompanhado do Judiciário neutro, onde o juiz é apenas a *boca da lei*, sem nenhum poder de interpretar as normas, com a rígida competência de elaborar o silogismo fato-norma.⁴³ As invasões do Executivo também foram extintas, já que este poder, independente de quem o exercia, não poderia mais influenciar no conteúdo e na força das decisões.

Disso deflui que a lei é creditada como única fonte para o Direito Penal, confinado à estrita legalidade para a definição de crime e pena, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O Processo Penal também foi regulado pela legalidade, pois a pena somente poderia ser aplicada depois que a culpa do indivíduo fosse comprovada, através de um processo regular e pré-estabelecido, estabelecendo o *nulla poena sine iudicio*. Isto significa que deveria existir proporcionalidade entre o delito e a pena, de acordo com o dano causado contra a sociedade.⁴⁴ Outros princípios foram desdobrados com o uso do método dedutivo e considerados como orientadores da ordem punitiva, condicionando sua forma, instituindo valores, já que pretendiam tornar universal a estrutura do Direito Penal e Processual Penal. O conteúdo em si poderia ser diversificado, mas esta estrutura seria a matriz que permitiria o estudo e o reconhecimento do ordenamento punitivo, independente das fronteiras. A pretensão maior, sem dúvida, era a de proporcionar às disciplinas o caráter de universalidade.

⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45.

⁴³ BECCARIA, Cesare. Op. cit. p. 44 e 45.

⁴⁴ Ibid., p. 50.

Percebe-se que a obra de Beccaria, ao prescrever essa estrutura, inaugurou uma trilha filosófica que foi seguida na Itália, onde encontrou outras vozes capazes de desenvolver seus princípios, que fundamentaram o saber penal clássico. Já não se trata de reformar o arcabouço punitivo, pois as modificações pleiteadas estavam em vigor, concretizadas pela avalanche codificadora que invadiu a Europa. O objetivo dos juristas clássicos antes restrito à seara filosófica, deslocou-se para o campo jurídico, face a necessidade de aperfeiçoar e instrumentalizar o direito positivo. Esta segunda fase da Escola Clássica foi empreendida por diversos autores, mas o pensamento de Francesco Carrara permanece como principal ponto de referência.⁴⁵

Este autor concebia o crime como um ente jurídico, a ação humana que infringia a lei penal, entretanto, cuide-se de seu significado de lei, que não era apenas a norma pertencente a um ordenamento jurídico estatal, mas a lei derivada da ordem absoluta, estabelecida por Deus para os homens. Portanto, o Direito não estava vulnerável à instabilidade dos legisladores e magistrados, já que a lei era uma ordem racional *a priori*, pré existente às leis elaboradas pelos homens. Deus criou os homens livres, regidos por suas leis morais, que lhes conferem direitos e deveres frente aos seus semelhantes. “Consequentemente, não é a sociedade que faz nascer (!) o direito de punir; é a necessidade de punir os violadores do direito que faz surgir a sociedade civil.”⁴⁶

Para que haja direitos dos homens exige-se a proteção da usurpação de seus semelhantes, o que só é possível através da sociedade organizada sob a força do Estado. Os indivíduos precisam ter a certeza de seus direitos garantidos, o que se realiza através das leis escritas e promulgadas pelo legislador, subtraídas do arbítrio do magistrado. Nesse sentido, o crime é a violação da lei penal estabelecida pelo Estado. O indivíduo possui o livre-arbítrio para agir e, quando viola a norma penal, o faz consciente de sua vontade e de seus riscos, porque: “... além de ser uma violação, o crime é, para o classicismo, uma violação ‘consciente e voluntária’ da norma penal e, pois, dos seus elementos constitutivos conferem

⁴⁵ Além de Francesco Carrara (1805-1888), este período da Escola Clássica contou com os esforços de Giovanni Carmignani (1768-1847) e Pellegrino Rossi (1781-1848). Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p.45. A autora ressalta que o fato dos estudos de Carrara terem sido polarizados pela visão católico-tomista, diferente da matriz contratualista e racional do jusnaturalismo de Beccaria, não modificou a linha política liberal, marcante da Escola Clássica, que segue com a utilização do método racional.

⁴⁶ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral.** Tradução de José Luiz V. de A.. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, vol. II, p. 71.

especial relevância à ‘vontade culpável’ – àquele elemento subjetivo que, contemporaneamente, é denominado ‘culpabilidade.’”⁴⁷

O livre-arbítrio é um conceito nuclear para os clássicos, perpassando toda a sua construção doutrinária. O homem era considerado um ser autônomo, consciente de sua vontade e de suas ações, dotado de liberdade de escolha entre o permitido e o proibido. A responsabilidade penal existia no momento em que o indivíduo, desimpedido de qualquer embaraço que pudesse determinar sua escolha, optasse por realizar uma conduta delituosa. Havia, portanto, uma preocupação em estipular os fatores que bloqueavam o livre-arbítrio, a ponto de retirar a responsabilidade penal, o que fundou a imputabilidade. Outro foco de atenção dos clássicos estava no fato-crime, concebido como a definição técnica das condutas delituosas, acompanhada de todos os detalhes que pudessem especificar o crime de forma mais apurada, retirando todas as margens de dúvidas para o indivíduo, que poderia escolher entre cometê-los ou não.

Feitas essas considerações de caráter geral, sobre os principais fundamentos da Escola Clássica no Direito Penal, examinar-se-á como se erigiu a estrutura do Processo Penal para esta escola. Inicialmente, verifica-se que entre os clássicos, imperava a idéia dualista acerca das atribuições do Processo Penal: este deveria impor uma pena para os culpados por um lado e, por outro, evitar que inocentes fossem castigados. Isto conforme a explicação de Carrara: “... é evidente que os institutos processuais devem ser adequados a um duplo serviço: tutela do direito que têm os bons à punição do culpado, e **tutela do direito que tem o processado a não ser submetido a punição sem culpa**, [sem grifo no original] ou além da justa medida da sua culpa.”⁴⁸ Fica evidente que Carrara vislumbrava a ambigüidade traduzida no Processo Penal, por meio do qual o Estado cumpre duas tarefas: punir os indivíduos que violam a ordem legal, e tutelar os direitos individuais do acusado, que não pode ser punido por um ato que não cometeu.

Frente a questão sobre qual deveria ser a prioridade do Estado, se punir ou proteger os direitos do acusado, Carrara esclarece firmemente que a tutela dos direitos individuais deve sempre estar em primeiro lugar, pois a dúvida entre as duas **necessidades**, deve ser resolvida sempre em favor do acusado. A supremacia dos direitos civis do indivíduo foi

⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 55.

⁴⁸ CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 295/296.

estabelecida, mormente o direito de liberdade, a ponto de erigir a preferência pela tutela da inocência, mesmo face à necessidade de castigo do delito. Enquanto o Direito Penal tem diante de si um culpado, que precisa de normas fixas que estabeleçam a medida de sua pena e de sua culpabilidade, para que não seja punido com excesso e arbitrariedade, o Processo Penal baseia-se na crença de que precisa tutelar um inocente, sobre o qual se sobrepõe o portentoso direito de punir, com todos os seus instrumentos de coerção preventiva antecipada.

A preocupação de Carrara em proteger a inocência do acusado está em ampla coerência com um dos pressupostos elementares sobre os quais a Escola Clássica se firmou: **segurança jurídica**. Permitir que o Processo Penal continuasse a ser um instrumento de arbítrio nas mãos de juízes e monarcas, que sob o pretexto de uma simples acusação podiam, a qualquer momento e por tempo indeterminado, prender e torturar as pessoas, estava fora dos planos dos revolucionários e também de seus expoentes posteriores. Os indivíduos precisavam acreditar que a máquina punitiva estava isenta de qualquer possibilidade de erro judiciário, pois caso fossem inocentes, esse *status* seria preservado até que sua culpa pudesse ser amplamente comprovada e seu direito de defesa e de liberdade seriam sempre tutelados. Só então, seria autorizada a punição, excluindo a chance de uma pessoa ser condenada e punida injustamente: “... o perigo que pesa sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário, pelo qual cidadãos hesitam entre o temor dos crimes e o temor das aberrações judiciais, sentindo-se eles próprios sempre **menos seguros**, [sem grifo no original] e antipática a justiça.”⁴⁹

Essa foi a fórmula encontrada para que os cidadãos confiassem mais na justiça punitiva, completamente descreditada pelos excessos dos tempos passados, mas que agora proclamava que só seria rígida com os culpados, já que alegavam eram mínimas, quando não inexistentes, as chances de um acusado ser maltratado ou injustamente condenado. Na dúvida, preferia-se inocentar um culpado a punir um inocente. A crença propagada era a de que, caso um inocente fosse acusado, **jamais** ele seria condenado. A justiça punitiva existia contra os culpados e não contra os inocentes. E a tarefa de incutir nos indivíduos a segurança desse novo sistema, estava nas mãos dos juristas clássicos, empenhados em tornar essa promessa uma realidade.

⁴⁹ Ibid., p. 296.

Acreditar na justiça punitiva teria como consequência mais desejada a **obediência** dos cidadãos sujeitos às normas penais e processuais e, em última análise, ao Estado que as impôs. Quanto mais os indivíduos estivessem convencidos de que o sistema punitivo era eficiente e de que somente os culpados seriam penalizados, maior seria a submissão geral. Os indivíduos colaborariam com a justiça exatamente porque estavam confiando no sistema e no Estado que a produzia. O Estado e a sua justiça punitiva passaram a ser considerados uma necessidade para a vida em sociedade.

A presunção de inocência para Carrara não era um mero princípio do Processo Penal e sim, seu conceito fundamental, ponto principal de entendimento de toda a matéria e de seus incrementos. Todo o Processo Penal era deduzido da presunção de inocência, já que seu entendimento não se restringia apenas à questão probatória, como regra de decisão em caso de dúvidas sobre a culpa do acusado, mas atingia, inevitavelmente, todos os atos do processo. Expõe detalhadamente Carrara⁵⁰, citado por Vegas Torres:

Cuando [la doctrina criminal] prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuando a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia, de todo fraude, de todo o artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: “haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración si no marcháis por el camino que os señalo.

Ressalta-se, portanto, que a presunção de inocência para os clássicos era central, pois todo o Processo Penal era dele deduzido, produzindo consequências sérias, em todas as suas fases, desde o início até o fim. Não determinava apenas que em caso de dúvidas no campo probatório, a sentença deveria conduzir à primazia da inocência do acusado, mas revestia-o

⁵⁰ CARRARA, Francesco. Derecho penal y procedimiento penal. TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 23. Tradução: “Quando [a doutrina criminal] prescreve estrita adesão à competência; leal, completa e oportuna notificação dos encargos; moderação na custódia preventiva; plenitude de prova; prudência em relação à veracidade das testemunhas; condições para a legalidade das confissões; exclusão de todas as insinuações, de toda a fraude, de todo o artificio doloso que possa dar ao falso o aspecto de verdade; crítica imparcial na apreciação dos indícios; livre campo para o exercício da defesa; bom tratamento para os advogados; formas sacramentais para a sentença; recursos de apelação e de revisão; em uma palavra, quando prescreve tudo quanto ela ordena como condição absoluta para a legitimidade do procedimento e do juízo, não pronuncia senão estas únicas palavras: ‘façam isto, porque o homem de quem vós suspeitais é inocente, e não podereis lhe negar a sua inocência enquanto não houveres demonstrado sua culpabilidade e não podereis chegar a esta demonstração se não marchares pelo caminho que vos assinalo’.”

em todo o curso processual, impedindo que qualquer medida coercitiva de conteúdo abusivo fosse imposta, permitindo a ampla defesa com direito a defensor, autorizando recursos contra a sentença, e outros. Inegavelmente, a interpretação formulada pela Escola Clássica, permitiu que a abrangência da presunção de inocência fosse totalmente maximizada, a ponto de ser firmada como **ponto de legitimidade** de todas as formas processuais.

Todavia, esta concepção de Processo Penal com a interpretação e aplicação da presunção de inocência, por permitir um conteúdo abrangente para a proteção do acusado, com o passar do tempo sofreu inúmeras críticas de outros juristas italianos, que, em decorrência da sua discordância com esta estrutura, estudaram novas formas de tratar o problema penal e aglutinaram-se em torno de outras concepções sobre o crime, o processo e a pena. Da postura diferenciada surgiram outras escolas, com saberes estruturados em outros vértices, que não a presunção de inocência, a qual foi relegada a um plano diverso.

2.2.2.2. A Escola Positiva

No decorrer da segunda metade do século XIX, mudanças estruturais ocorridas no interior da sociedade moderna, exigiram uma postura mais ativa do Estado, principalmente na economia, gerando o intervencionismo que, inevitavelmente, traspassou para os outros setores das atividades estatais. Este fenômeno cresceu em uma época na qual os sentimentos nacionais estavam em extrema evidência, propiciando o surgimento do nacionalismo,⁵¹ em conexão com a implementação do Estado-Nação.*

O resultado dessa circunstância política e econômica foi a exigência de um Estado forte também nos meandros internos, que primasse pelo desenvolvimento econômico e pelo comando da sociedade, interferindo positivamente para promover o controle dos seus conflitos, instalando a ordem e a paz social. A idéia da autonomia individual cedeu diante da supremacia do coletivo. O indivíduo não era mais valorizado isoladamente, mas no contexto dos interesses do grupo ao qual pertencia. O Estado liberal, que afirmou a autonomia

⁵¹ Cf. WEBER, Max. O Estado Nacional e a Política Econômica. In: COHN, Gabriel. (org.) **Max Weber: sociologia**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979. Cf. JOUVENEL, Bertrand de. Op. cit. p. 140. O combustível do nacionalismo não foi apenas um apego pelo território de pertença, mas derivou da luta existente entre os vários Estados e da decorrente disputa de poder, assumida frente aos interesses externos.

* Nos limites dessa pesquisa, entende-se por Estado-Nação como aquele que além de proteger suas fronteiras, rigidamente estabelecidas, dirige sua razão de Estado em íntima identificação com os interesses nacionais presentes e futuros, com vistas a objetivos externos, como a conquista do espaço entre as outras nações.

individual foi sucedido por um modelo mais adequado ao momento histórico, que, sem deixar de lado a proteção dos direitos individuais, assumiu a guarda dos direitos sociais, a partir da postura intervencionista na sociedade, sob os lineamentos sócio-liberais.

A alteração do ideário que movia as ações políticas do Estado, não podia deixar de se refletir no campo da política criminal, do qual foi exigido uma adequação às urgentes necessidades da sociedade. Era preciso reestruturar a atuação do saber punitivo, de maneira a servir de instrumento para propiciar a ordem interna, contendo os conflitos com a diminuição das atividades delituosas.

As soluções preparadas pelo classicismo, foram declaradas inaptas para resolver os problemas relacionados com o crime, mormente seu método racional abstrato, julgado desconexo com a premente realidade social. O Direito Penal humanizado suplantou os excessos de poder, aumentou os direitos dos indivíduos, entretanto não conseguiu conter o aumento das condutas prejudiciais aos recentes objetivos do Estado. Como não podia deixar de ser diferente, os rumos encetados pelo Direito Penal e Processual Penal tiveram origem externa, marcadamente política.

Para atender às novas circunstâncias, uma nova fase do Direito Penal foi instaurada a partir da publicação da obra de Cesare Lombroso, em 1876, *L'Uomo delinquente*, que utilizava aportes científicos de nítida inspiração no positivismo de Comte e no evolucionismo de Darwin e Spencer.⁵² A epistemologia foi regida pela crença positivista de ciência, colocando abaixo o método dedutivo, que partia do *a priori* fornecido pela natureza, substituído pelo método experimental de investigação da realidade.

Essa nova concepção de ciência questionou todas as bases do saber jurídico punitivo então vigente, como o princípio da igualdade entre os indivíduos. Esta peça, antes angular para o classicismo, foi contestada por padecer de bases empíricas, nestes termos: “Nunca sobre o homem honesto e o criminoso, foi feito, por parte dos juristas clássicos, um exame analítico e comparativo, a fim de poderem concluir essa igualdade fundamental que proclamavam como um dogma.”⁵³ Do exposto, observa-se que houve um deslocamento do método e do objeto do saber penal, que ocorreu motivado na decadência do classicismo, que

⁵² ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2. Buenos Aires: Losada, 1950. p.69.

⁵³ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica - estudo comparativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1963. p. 42.

se firmava na crença da eficácia do método lógico-abstrato, aplicado para deduzir as normas do direito natural. A Escola Positiva elegeu como objeto de estudo o delito, centrado no exame do delinqüente, a partir do método empírico, classificado como científico ou indutivo.

A obra de Lombroso visualizava o delito como fenômeno antropológico e foi seguida por outros enfoques, como o jurídico ou criminológico de Raffaele Garófalo, que publicou em 1885, *Criminologia – studio sul delitto e sulla teoria della reпреzione* e o sociológico de Enrico Ferri, com sua *Sociologia Criminal*, de 1891. Estes foram os arautos da Escola Positiva, que examinado o delito em cada ramo das ciências sociais, pretendiam compreendê-lo como um fato complexo, de matriz natural e social, produzido por um homem que agia motivado por três ordens de fatores: antropológicos, físicos e sociais.⁵⁴

Para os positivos o enfoque do problema criminal passava pela demorada análise do delinqüente, pois, a partir de estudos empíricos, eles sustentavam que o mesmo estava marcado por um verdadeiro **determinismo** de ordem biopsicológica, que o impelia a cometer crimes, viciando sua vontade. Sem liberdade de escolha, não restava outra alternativa ao delinqüente, senão cometer o crime. A partir disso, nota-se que o cerne da estrutura criminal para os clássicos, que residia na justificação da vontade livre do indivíduo que cometeu um delito, foi negada pelos representantes da Escola Positiva, para os quais o delinqüente agia impulsionado por um inevitável determinismo.

Todavia, para os expoentes positivistas, não são todos os indivíduos que estão submetidos a esse determinismo, mas apenas uma minoria da população, classificada como doente, o que, de pronto, leva os estudiosos a estabelecerem uma fronteira que separa os criminosos das pessoas normais. Esta minoria afetada, porque suscetível às condições externas, tem que ser isolada da sociedade e colocada em um local onde possa receber o tratamento prescrito. O indivíduo responde pelos atos que indevidamente causou e que prejudicaram a manutenção da vida em grupo, porque vive em sociedade e esta lhe fornece os meios para sua subsistência, o que corresponde à obrigação de suportar as penas por ela imposta. A isto se chama de responsabilidade social, que fundamenta o direito de punir para os positivos.⁵⁵ A punição do delito deixou de ser uma relação estrita entre o indivíduo e o Estado, para corresponder, em tese, a relação entre o indivíduo e a sociedade a qual pertence.

⁵⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit. p. 66.

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 68.

Como a capacidade de delinquir deriva de uma doença, os que antes eram classificados como irresponsáveis perante a lei, por não possuírem livre-arbítrio, são justamente os indivíduos mais temidos, que não podem escapar da ação punitiva do Estado. O criminoso é dotado de uma personalidade perigosa, voltada para o crime, temido pela sociedade por seus atos prejudiciais para todos. O tipo de periculosidade do delinquente é o fator métrico da qualidade e da quantidade da pena, de maneira que esta passa a ser um meio de defesa social, já que detém a função de preservação das condições de existência social, seja individual ou coletiva.⁵⁶

A idéia de defesa social perpassa todo o edifício punitivo engendrado pela Escola Positiva, que em harmonia concebe o Processo Penal, introduzindo algumas alterações em suas principais notas. Sem negar a totalidade da concepção dualista do Processo, Ferri, autor que também se preocupou com os estratagemas processuais, acreditava que esta matéria precisava ser reestruturada através do maior equilíbrio entre os direitos de liberdade do indivíduo e os direitos de defesa da sociedade. Para Ferri, tais direitos que são intimamente relacionados no Processo Penal, estariam desnivelados pelos excessos que a Escola Clássica teria cometido, no afã de exterminar com as arbitrariedades reais, cercando o acusado de cuidados desnecessários. Contudo, apesar de se contrapor continuamente à obra dos clássicos, a concordância com as ilações de Carrara são claras, senão veja-se pelas palavras de Ferri: “.. el Código de procedimiento, es precisamente por esta razón el Código de los hombres honrados que pueden, por erro o por malevolencia de outro, ser sospechosos de un delito, mientras que el Código penal es el Código de los malvados, de aquellos a quienes se aplica, cuando se prueba que son los autores de un delito”⁵⁷ Aliás, como bem observa Vegas Torres, toda o debate entre as Escolas italianas, perpetrado no setor do Direito Penal, em geral não se repetia no Processo, onde assistia-se uma pacífica continuidade.⁵⁸

⁵⁶ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. Op. cit. p. 278.

⁵⁷ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tradução de Antônio Soto y Hernández. v. 2. Madrid: Centro Editorial de Góngora. 1907. p. 236. Nessa passagem, o autor rechaça as críticas endereçada aos positivistas, acusados de suprimir todos os direitos individuais do criminoso, instaurados pelos clássicos. Ferri afirma que as garantias devem ser incentivadas e protegidas, desde que não sejam de caráter meramente protelatório, com a pretensão de eximir o indivíduo de suas responsabilidades. Tradução: “O Código de processo é, precisamente por esta razão o Código dos homens honrados que podem, por erro ou por maldade de outro, ser suspeitos de um delito, enquanto o Código penal é o Código dos malvados, aqueles a quem se aplica, quando se prova que são autores de um delito.”

⁵⁸ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 24. O autor explica que Ferri modificou o sistema processual planejado por Carrara, mas apenas estruturalmente, com o objetivo de adequa-lo às necessidades exigidas pela sociologia criminal. O procedimento criminal passaria a ter duas fases distintas: uma para provar a culpabilidade física ou material do acusado e a outra, aplicada para o caso de condenação, com o fito de

Ferri reconhece a validade da presunção de inocência ao lado da regra de entendimento mais amplo, a *in dubio pro reo*, o que expressa a consciência do mesmo quanto a diferença entre ambas: “La presunción de inocencia, y con ella la regla más general – *in dubio pro reo* – tiene seguramente un fondo de verdad y hasta es obligatoria, cuando se trata del periodo preparatório del juicio, o sea del procedimiento de instrucción, y no existen todavía contra el que es objeto de la información más que simples suposiciones o indicios.”⁵⁹ Adiante se verá que nem sempre a distinção percebida por Ferri, entre presunção de inocência e *in dubio pro reo*, esteve clara para os juristas modernos, que por vezes resumem o conteúdo da primeira na segunda, identificando uma a outra. Entretanto, nem tudo avizinha clássicos e positivistas, pois a centralidade e o sentido absoluto concedido à presunção de inocência por Carrara são negados por Ferri, que esvaziou a ênfase da presunção de inocência, a qual, em certas circunstâncias processuais, foi classificada como um exagero ilógico.

Para demonstrar essa crença, Ferri apontou duas situações em que a afirmação da presunção de inocência seria um esforço infrutífero: em casos de confissão do acusado e flagrante delito, não considerados isoladamente no Processo, mas confirmados por outros dados ali inseridos.⁶⁰ Nesses casos, a força da presunção de inocência estaria praticamente diminuída a um grau zero, impotente frente às circunstâncias fáticas. Seria incoerente afirmar a presunção de inocência face à confissão, amparada por outras provas, pois o próprio acusado não se considera inocente e a lei não poderia viver desta inverdade.

O representante da escola positiva expôs ainda o medo da prevalência da presunção de inocência, quando, por exemplo, esta protegia um criminoso condenado em primeiro grau de jurisdição, no qual foi encontrado uma forma atávica⁶¹ de delinqüência. Por aguardar o

enquadra-lo em uma categoria antropológica e aferir a melhor punição, na forma de tratamento médico para o mesmo. A primeira fase seria nitidamente de processo penal, mas a segunda exigiria do juiz conhecimentos em antropologia e sociologia criminal, para o que poderia contar com a ajuda de técnicos para examinar o criminoso.

⁵⁹ FERRI, Enrico. Op. cit. p. 194. Tradução: “A presunção de inocência, e com ela a regra de uso geral – *in dubio pro reo* – tem seguramente um fundo de verdade e até é obrigatória, quando se trata do período preparatório do juízo, ou seja, do processo de instrução e não existem todavia contra ele, que é objeto de informação, mais que simples suposições ou indícios.”

⁶⁰ Ibid., p. 194.

⁶¹ O estigma atávico é identificado por Lombroso nos indivíduos que possuem uma grande envergadura dos braços, que medidos abertos, de uma extremidade a outra, perfazem um número maior do que sua própria altura. Há outros tipos de atavismo, como o que é encontrado nos indivíduos que possuem a face maior do que o crânio. ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. Op. cit. p.176. Na verdade, o atavismo

recurso impetrado contra esta sentença primária e gozar da tutela da presunção de inocência, o criminoso estaria em liberdade, próximo de suas vítimas, vizinhos e familiares, os quais correriam grande perigo de vida, na iminência de sofrer um ataque do criminoso doente a qualquer instante. Ferri questionava o porquê de persistir em afirmar a inocência de um indivíduo tão pernicioso à sociedade.⁶² Neste caso, a presunção de inocência inscrita a favor da liberdade do acusado, militaria contra a sociedade e, para os positivistas, acordes com o ideário político do período histórico ao qual pertenciam, os interesses e a proteção da sociedade deveriam sobrepor o indivíduo. A sociedade possuiria o direito de se defender da periculosidade deste criminoso e este, deveria ser *tratado* o mais breve possível.

Ferri ainda remete a presunção de inocência a um tema que gera discussões até os dias atuais, principalmente na Itália, ilustrada no caso da decisão sobre a culpabilidade de um acusado estar nas mãos de um tribunal colegiado e este, depois de votar, constata um empate no número de votos. Por força da presunção de inocência, na fórmula genérica do *in dubio pro reo*, o acusado deve ser absolvido, o que para Ferri é uma solução injusta.⁶³ No caso de falta de provas suficientes para condenar o acusado o juiz, que não conseguiu dissipar suas dúvidas sobre a culpabilidade do acusado, é obrigado a absolvê-lo, já que não pode pronunciar um *non liquet*. Com base nestes casos, o expoente da Escola Positiva pleiteia a possibilidade de admissão de uma sentença que, em vez de declarar a condenação ou a absolvição, afirmasse a dúvida, declarando o *não provado*, ou absolvido por falta de provas, o que difere da absolvição por reconhecida inocência.

Entretanto, mesmo considerando esta solução para as decisões judiciais, o mesmo autor não esclarece quais seriam suas conseqüências, como por exemplo se haveria a possibilidade de reabrir o processo contra o mesmo indivíduo, versando sobre o mesmo fato, caso surgissem novas informações; a condição do indivíduo que teve contra si uma imputação classificada como *não provada*, se seria considerado inocente, culpado ou acusado por tempo indeterminado. Estas são conseqüências sérias, que devem ser levadas em conta na suposição de aceitar a decisão judicial de *não provado*. O fato é que tais decisões não solucionam o caso, mas suspendem a decisão proclamando a dúvida e a incapacidade do Processo para elidi-la.

expressa um tipo de criminoso que reteve uma herança genética dos seus ascendentes mais remotos, que o tornava um doente e delinqüente nato, sem chances de correção.

⁶² FERRI, Enrico. Op. cit. p. 195.

⁶³ Ibid. p. 196.

Os representantes do positivismo criminológico exerceram muita influência na elaboração legislativa penal, em curso na Itália no começo do século XX, como o Código de Processo Penal de 1913, por outro lado, encontraram forte oposição em outra tendência doutrinária que se firmava em solo europeu.

2.2.2.3. A Escola Técnico-Jurídica

A afirmação dos fundamentos da Escola Positiva trouxe uma estrutura diversificada para o universo penal, que incluía sociologia, criminologia e antropologia, como facetas de uma única disciplina, estudadas à luz do método experimental. O intuito dos positivos, em especial de Ferri, ao proclamar estes lineamentos do Direito Penal e Processual Penal acordes com as nuances determinadas pela concepção positivista de ciência, era, acima de tudo, conceder a estas matérias o reconhecimento de seu caráter científico. A dita “Ciência Penal” estruturada pelos positivistas, apesar de estipular crimes, processos e penas, previstos por normas jurídicas, não privilegiava o estudo destas normas, pois este era somente um campo dentro da grande área de saber punitivo, polarizado por outras disciplinas. Afinal, no entender dos difusores da Escola Positiva, o jurídico não era o único e nem ao menos o principal conhecimento da Ciência Penal.⁶⁴

Esta concepção implicou em sérias críticas quanto à colonização do campo penal por ciências afins, que não a eminentemente jurídica. Da mera crítica, por iniciativa de membros da atividade jurídica tradicional, agregou-se uma nova tendência, revestida da idêntica influência do positivismo, a qual, nas palavras de Andrade, estava com o objetivo: “... centrado na idéia de resgatar, para a Ciência Penal, sua identidade propriamente jurídica, postulando a exclusão, do seu âmbito, dos fatores antropológicos e sociológicos e ainda jusnaturalista, como latente herança das Escolas Clássica e Positiva.”⁶⁵ O traço fundamental destes novos iluminados pelo Positivismo, além do apego ao campo jurídico, era o de representar um movimento de reação contra o domínio da Escola Positiva e os resquícios do direito natural, que impregnavam os estudos de Direito Penal e a própria legislação vigente, de matérias ditas “estranhas” a sua essência.

⁶⁴ Ibid. p. 44: “... nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como sobre el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo he llamado 'sociología criminal'.” Tradução: “...nossa escola fez disso uma ciência de observação positiva, que, ao se fundar na antropologia, na psicologia e na estatística criminal, assim como sobre o direito penal e nos estudos penitenciários, chega a ser a ciência sintética que eu mesmo tenho chamado de ‘sociologia criminal’.”

Com raízes alemãs, nas obras de Karl Binding e Franz Von Liszt, os técnicos-jurídicos poderiam ser considerados apenas uma tendência, se não fosse o desenvolvimento dado na Itália por diversos estudiosos, onde assumiu o caráter de escola, com todas as peculiaridades que lhe são próprias.⁶⁶ Agregando nomes como Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, entre outros, a Escola Técnico-Jurídica pretendia o resgate do Direito Penal como ciência jurídica, isolado das outras ciências sociais, com método e objeto diferenciado, ou seja: “El Derecho Penal vigente, con su contenido dogmático y su método jurídico, separado de la Criminología, ciencia de contenido causal y naturalista y método experimental y sociológico.”⁶⁷

Com o método técnico e o objeto delimitado em torno do Direito Penal positivo vigente, separado da Criminologia, da Sociologia, da Antropologia e de outras matérias, consultadas apenas em caráter auxiliar, a Ciência Penal poderia se erigir sobre bases eminentemente jurídicas. A pretensão de Rocco, a quem se deve as primeiras linhas da reação técnico-jurídica na Itália, era concretizar para o Direito Penal a tarefa já realizada no direito privado, ou seja, a de sistematizar o direito em uma estrutura de princípios, com uma teoria jurídica apropriada para produzir conhecimentos sobre todos os aspectos da legislação penal. Para tanto, os estudiosos do Direito Penal poderiam aproveitar os métodos desenvolvidos para o exame do direito privado utilizando três etapas de investigação: exegética, dogmática e crítica, que juntas traduziam o método técnico. Esse seria o instrumental dos operadores práticos do direito penal, em sua tarefa diária de interpretação e aplicação judicial das normas jurídicas.⁶⁸

A Escola Técnico-Jurídica, no modelo formulado por Rocco, afirmava a existência do direito de defesa social exercido pelo Estado no combate ao crime, mas o fundamento do Direito Penal residia em conceder a tutela jurídica para os indivíduos, protegidos pela norma

⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 79.

⁶⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit. t. 2, p. 124

⁶⁷ Ibid., p. 128. Tradução: O Direito Penal vigente, com seu conteúdo dogmático e seu método jurídico, separado da Criminologia, ciência de conteúdo causal e naturalista e método experimental e sociológico.

⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 85/86. A autora explica ainda que o resultado final deste divórcio entre o estudo das normas jurídicas e os outros campos que se ocupam do estudo do crime, foi a construção dos três pilares que estruturam o atual modelo de saber penal: Direito Penal (legislação e dogmática), Criminologia e Política Criminal, que apesar de manterem independência quanto ao método e objeto de estudo, guardam entre si uma integração funcional.

jurídica, instituidora de direitos e deveres.⁶⁹ Portanto, esta tutela não atuava apenas sobre o indivíduo acusado de cometer um crime, mas também sobre o indivíduo dotado de *bens jurídicos*, como a vida, a propriedade, a integridade moral e outros, que poderia ser vítima da conduta de outros indivíduos e, por isso, também precisava da proteção do aparato legal.

A responsabilidade penal passou a ser aferida psicologicamente, no centro da vontade humana em agir contrariamente a lei, retirando toda a determinabilidade inserida pelos positivos. Muitas teorias foram estruturadas para fundamentar a culpabilidade do indivíduo frente a ação criminosa, para esclarecer os critérios de sua responsabilidade, com excludentes, graus de agravante e diminuição. Aliás, a culpabilidade é melhor entendida no exame da estrutura do delito, definido como a conduta típica, antijurídica e culpável, conceitos esmiuçados e interligados pelos técnico-jurídicos, de modo a entender o delito sob diversos ângulos, todos previstos em lei. A pena foi determinada como consequência do delito, representando uma restrição legal à fruição de bens jurídicos, como a liberdade física e os direitos políticos, seja com caráter repressivo ou preventivo, de acordo com a política criminal determinada pela razão de Estado, com a aplicação de medidas de segurança contra os inimputáveis, com posição intermediária entre pena e utilidade social.⁷⁰

Feitas essas considerações de cunho ilustrativo, sobre as características principais do modelo de Direito Penal gerado pela Escola Técnico-Jurídica, limitar-se-á neste instante ao exame do tratamento dado a presunção de inocência dentro do Processo Penal. O expoente da Escola que mais aprofundou os estudos processuais, sem dúvida, foi Vincenzo Manzini,⁷¹ que desceu às minúcias da matéria, com o intuito de sistematizá-la, esclarecendo seus conceitos e instrumentalizando sua aplicação. A principal finalidade do Processo Penal para Manzini era, exatamente, a de servir de instrumento eficaz para provar a culpabilidade do indivíduo, sem margens de erro ou arbitrariedade e, assim, poder impor sobre o mesmo a pena correspondente. Isto cumpriria com a tarefa estatal de proteção da liberdade individual, face a diminuição das chances do Processo servir como meio para invadir indevidamente a esfera de liberdade individual.

⁶⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. Op. cit. t. 2, p. 126. “El problema y el método de la ciencia del derecho penal” é a obra de Rocco que ilustra melhor seu modelo de Direito Penal, de acordo com o método e o objeto da Escola Técnico-Jurídica.

⁷⁰ Ibid., p. 126/127.

⁷¹ Cf. TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 26.

Expressando oposição ao ponto de vista de Carrara, para o qual o Processo estava intimamente ligado a proteção da inocência, fundamentando-se na necessidade de tutelar o indivíduo inocente, que estava sendo acusado de um ato delituoso, Manzini deixou claro que o Processo Penal busca a certeza da culpa, reunindo provas e valorizando-as em conjunto, para que não parem dúvidas no que diz respeito à punibilidade concreta do acusado. Partindo-se deste contraponto, é possível imaginar qual a interpretação e o alcance pretendido para a presunção de inocência, de acordo com a Escola Técnico-Jurídica.

Manzini advertiu que era um erro acreditar que as normas processuais penais existiam para proteger a inocência do acusado, pois se a finalidade do Processo era comprovar a culpa e determinar a pena do acusado, como conciliar com normas que tutelam a inocência? Todavia, reconheceu que o interesse de algumas normas processuais seria o de garantir a *liberdade individual*, frente a força repressiva penal, o que não deveria ser confundido com inocência, presunção que jamais existia no Processo. Manzini afirmou que a crença de que o indivíduo tem a seu favor uma presunção de inocência, até que a sentença condenatória se afirme como irrevogável, era uma idéia *paradoxal e irracional*.⁷²

O primeiro argumento que o autor utilizou para derrubar a presunção de inocência foi o de que nenhum procedimento coercitivo poderia ser iniciado contra o acusado, como a prisão preventiva ou em flagrante, nem mesmo o Processo poderia ser iniciado, caso o acusado tivesse a seu favor a presunção de inocência. Havia uma clara contrariedade em afirmar a pretensa *inocência* diante desses procedimentos, que encontravam motivo em indícios de fato e de direito, que *presumiam a culpabilidade* do acusado. Esta presunção de culpa era essencial para conceder as acusações uma base de argumentos e incentivos, ideais para seu desenvolvimento. Finalmente, Manzini expôs que a presunção de inocência não era uma presunção em sentido técnico, como as utilizadas na doutrina do Direito Processual, em nada contribuindo para o deslinde do Processo. Também não se comunicava com o direito de defesa, que permaneceria mesmo sem o reconhecimento desta presunção.

A fórmula de Manzini⁷³, citado por Sznick para resolver o impasse sobre a situação do indivíduo no Processo Penal foi simples, em vez de inocente ou culpado, o indivíduo processado assumiria um terceiro *status*, intermediário às duas situações: “Enquanto há um

⁷² Ibid., p. 27.

⁷³ MANZINI, Vincenzo. Trattato processuale penale. SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Leud, 1995. p. 59.

processo em andamento, não há nem um culpado nem um inocente, mas só um indiciado.” Justamente porque havia uma dúvida sobre a sua participação em um crime, o indivíduo não era nem inocente e nem culpado, mas a denominação a ele aplicada de **acusado ou indiciado** colocava em xeque a sua inocência, já que não se referia apenas à situação de um indivíduo que estava enfrentando um Processo Penal, mas acrescia-se de algumas conseqüências materiais, como a **suspensão de seu natural estado de inocência**. Também não chegava a afirmar a sua culpabilidade, certeza soberana apenas no findar do Processo, mas negava ao indivíduo o caráter de inocente e todas as proteções legais daí advindas. Exemplo mais prático disso é a permissão de se impor sobre o acusado medidas coercitivas, como a prisão, desde que não ferissem o **direito de liberdade individual**, que assistia ao acusado em todas as circunstâncias, colocando-se como limite ilusório ao poder punitivo do Estado.

O rechaço à presunção de inocência empreendido pela Escola Técnico-Jurídica foi o sucedâneo lógico de sua estrutura de Processo, meio concreto de persecução penal. Apesar de prever direitos e garantias individuais em seu bojo, tal construção não escondia seu objetivo repressivo e era realmente incompatível com a aceitação da presunção de inocência e de suas conseqüências, como um dos seus valores instrumentais. Isto, sem dúvida, refletiu-se nos projetos de legislação penal na Itália, em curso nas segunda e terceira décadas do presente século, os quais serão brevemente expostos neste instante.

2.2.2.4. As Escolas penais e a Legislação punitiva italiana: a presunção de inocência

A legislação processual penal italiana foi a que mais sentiu a proximidade da influência exercida pelas Escolas Penais, seara de franca fermentação política e filosófica da época, já que alguns de seus principais representantes exerciam também atividades política nos Parlamentos italianos.⁷⁴ A maioria das discussões sustentadas em terreno acadêmico não eram vazias de sentido e de utilidade política, ao contrário, geralmente tinham um destino certo: conduzir as transformações perpetradas na legislação punitiva italiana. Neste tópico, examinar-se-á os contextos políticos da elaboração dos Códigos de Processo Penal italiano

⁷⁴ Ferri exerceu atividades parlamentares na Itália, atuando nos trabalhos que desembocaram no Código de Processo Penal de 1913, além de elaborar o Projeto de Código Penal de 1921, que foi rejeitado pelos parlamentares, que nunca lhe concederam validade. É da autoria de Rocco o Projeto de Código de Processo Penal italiano de 1930, ao tempo Ministro da Justiça. Cf. BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974. p. 191 e 241.

de 1913 e 1931 e da Constituição de 1948,⁷⁵ em cotejo com as estruturas processuais elaboradas pelas Escolas Penais, sempre primando pela posição destinada à presunção de inocência.

O mentor político e estrutural do Código de Processo Penal de 1913 foi Alessandro Stoppato, jurista filiado aos princípios racionais da Escola Clássica, que naturalmente arquitetou suas convicções, de cunho político liberal, nos delineamentos da legislação em curso.⁷⁶ O indivíduo era o centro das elaborações doutrinárias liberais, que se preocupavam com sua autonomia e liberdade, limites sérios à atuação repressiva do Estado. O Processo Penal clássico representou a franca expressão da necessidade legislativa em proteger o indivíduo das corriqueiras invasões estatais à órbita de liberdade individual. Em poucas palavras, o Processo Penal clássico erigia-se a partir da afirmação da esfera individual, particular, instrumentalizando as garantias face ao avanço persecutivo do Estado.

Stoppato defendeu arduamente a inserção da presunção de inocência dentro deste Código de 1913, mas enfrentou a oposição de Ferri, para quem a presunção de inocência só deveria valer para alguns acusados, como aqueles que não tivessem um passado criminoso e nem o flagrante delito, militando contra a sua inocência. Os debates entre os parlamentares se acirraram, quando outro deputado, Mortara, apoiando-se na então recente obra de Manzini, também se posicionou contra a adoção expressa da presunção de inocência.⁷⁷ Os últimos argumentos prevaleceram e a presunção de inocência não constou entre as garantias do acusado, na versão do Código de Processo Penal italiano de 1913. Entretanto, outras garantias individuais foram acolhidas, como o requisito da estrita necessidade para a concessão da prisão preventiva, a qual também possuía um termo máximo para a duração, ao final do qual o acusado seria automaticamente libertado.⁷⁸

A presunção de inocência, apesar de não aparecer expressa no texto legislativo, estava presente no código processual de 1913, por dois aspectos principais: primeiro porque guardava coerência com as disposições ali inseridas, como as que dispunham sobre o

⁷⁵ A codificação italiana é de origem recente, face à dependência do processo de unificação do território, já que anteriormente, cada região possuía seu próprio Código, a exemplo da Sardenha e Toscana. O primeiro Código Penal elaborado na Itália unificada é datado de 1889, o conhecido Código de Zanardelli. Cf. *Ibid.* p. 85 e 86.

⁷⁶ Cf. *Ibid.* p. 190.

⁷⁷ GUIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubiativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, n. 17, vol. 1, 1974. p. 78.

tratamento do acusado durante o processo; segundo, porque as principais consequências da presunção de inocência no campo da prisão preventiva foram contempladas. Portanto, toda a oposição gerada em torno da presunção de inocência, transformou-se em letra morta, frente a sua previsão secundária na codificação processual penal.

O Código de Processo Penal de 1931* foi projetado em um período conturbado da história política italiana, já que vigorava o regime totalitário fascista, oferecendo uma condição política incompatível com a instauração plena de direitos e garantias individuais. A instrumentalização das leis relacionadas com a limitação do direito de liberdade física individual era extremamente atraente aos interesses dos homens políticos do fascismo, que logo encomendaram aos estudiosos e também políticos da época, uma codificação mais apropriada. Urgia a elaboração de uma legislação repressiva que partilhasse do mesmo ideal político, cerne de toda as ações estatais.

O esforço político e jurídico de Rocco⁷⁹ e de outros expoentes da Escola Técnico-Jurídica, como Manzini, foi a luz maior que guiou os trabalhos de preparação da nova legislação punitiva. A proeminente valorização do Estado sobre o indivíduo deveria estar expressa neste compêndio, portanto, a adesão à presunção de inocência ficou prejudicada, pois inviabilizava o projeto político fascista. Rocco,⁸⁰ citado por Vegas Torres, apresentou seu rechaço à presunção de inocência:

⁷⁸ Ibid., p. 79.

* Este Código é também conhecido como Código de Rocco, tamanha a influência do mesmo para sua organização.

⁷⁹ O regime totalitário começou a se desenhar a partir de 1926, quando o líder político Mussolini lutou para centralizar o poder em suas mãos, colocando o Estado em posição de superioridade total frente à sociedade e aos partidos políticos, que foram todos extintos, com exceção do *Partito Nazionale Fascista* (PFN). Todas essas ações políticas só se tornaram possíveis através de **leis especiais de defesa do Estado**, que concediam um poder repressivo agigantado para a polícia, criando também tribunais especiais para condenar todos os opositores do regime à prisão, morte e exílio. "Essa rápida obra de construção do regime foi levada a cabo com as leis 'fascistíssimas', elaboradas pelo **ministro da Justiça Alfredo Rocco** [sem grifo no original]." (p.30) Até a pena de morte, que tinha sido abolida em 1889, foi reintroduzida para facilitar o extermínio dos opositores, como bem ilustra TRENTO, Angelo. **Fascismo italiano**. São Paulo: Ática, 1993. p. 30 e 31.

⁸⁰ ROCCO, Arturo. Apud. TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 29. Percebe-se que a sintonia entre Rocco e Manzini traduz a uniformidade da Escola Técnico-Jurídica. Tradução: "Esta é uma extravagância derivada dos velhos conceitos, nascidos da Revolução Francesa, pelos que chegam aos mais exagerados e incoerentes excessos nas garantias individuais. Sagrado e inviolável é sem dúvida o direito de defesa, certo e inegável é o princípio de que o imputado não pode ser considerado culpado antes da sentença condenatória irrevogável; mas, que se deva considera-lo inocente enquanto ele é processado como acusado de um delito, é uma tal exorbitância, uma tão clara inversão do sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem sequer como forma de se expressar. Enquanto há um processo em curso, no existe nem um culpado nem um inocente, senão apenas um acusado; apenas no momento em que recair a sentença, saber-se-á se o acusado é culpado ou inocente."

Esto es una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de la Revolución Francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales. Sagrado e inviolable es sin duda el derecho de defensa, cierto e inconcuso es el principio de que el imputado no puede ser considerado culpable antes de la sentencia irrevocable de condena; pero, que se lo deba considerar inocente mientras se procede contra él como inculcado del delito, es una enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se la puede admitir ni aun siquiera como manera de expresarse. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni un culpable ni un inocente, sino solo un indiciado; solo en el momento en que recae la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o es inocente.

O totalitarismo político que influenciou o Código italiano de 1931, não era perceptível somente no desprezo à presunção de inocência, mas em outros aspectos que se relacionavam com a condição do acusado no curso do Processo Penal. Prova disso foram os expressos atentados contra as garantias individuais, principalmente no que tange ao direito de defesa. A primeira fase do Processo além de ser investigatória e escrita, era extremamente secreta, a ponto de impedir que até mesmo o defensor do acusado pudesse obter informações acerca do seu conteúdo. Portanto, o acusado não poderia tomar ciência das provas que estavam sendo colhidas a seu respeito e nem, ao menos, manifestar-se a respeito das primeiras acusações formuladas. A primeira oportunidade para esta manifestação era dada para seu defensor, depois da apresentação da acusação formal pelo Ministério Público. O cerceamento do direito de defesa persistia em outras fases do Processo, até mesmo nas audiências de julgamento, já que cabia ao Tribunal dosar as intervenções da defesa, ao número que fosse considerado suficiente.⁸¹

A cena política estava dominada pelo fascismo, espelho direto no direito de punir do Estado, que estava em clara vantagem face ao *jus libertatis* do indivíduo, proeminência que se repetia de forma mais aguda no Processo Penal. A presunção de inocência não tinha espaço neste regime político e nem na logicidade deste Código, que optava por uma visão mais estrita do direito de defesa e liberdade do indivíduo em favor da superioridade do Estado e de seu direito de punir.

Todavia, com a queda do fascismo, a Itália pôde se recuperar política e juridicamente, momento em que, no meio político, muito partiram para o resgate de diversas normas, então desprezados através das leis de defesa do Estado. A necessidade de afirmar a presunção de inocência surgiu flamejante, não somente porque a cena política lhe era favorável, mas porque os desatinos cometidos na era fascista mostraram a importância em que se constituía

⁸¹ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 247/248.

a preservação e a afirmação de um maior número de direito e garantias, que servissem à proteção do indivíduo.

O momento ensejava um novo pacto político e, em 1946, começaram os estudos da primeira Comissão Constituinte, quando seus membros logo inscreveram a fórmula inicial da presunção de inocência: “L’innocenza dell ‘imputato è presunta fino alla condanna definitiva”.⁸² No entanto, quando o Projeto foi enviado para o comitê de redação do texto Constitucional, por motivos não documentados, a redação do artigo foi modificada, resultando no texto atual do artigo 27.2 da Constituição italiana, que diferentemente assevera: “L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”,⁸³ formulação que foi aprovada pela Assembléia Constituinte. Os debates na Assembléia não ofereceram elementos para conceder à presunção de inocência a extensão merecida e pleiteada por alguns parlamentares. Afinal, as opiniões ainda eram influenciadas pela forte presença de Manzini, que participou ativamente nos trabalhos da Constituinte, que, ancorado em seus estudos doutrinários, dominou o centro dos debates, a partir do seu posicionamento contrário à presunção de inocência.⁸⁴

A fórmula adotada nesta Constituição italiana, além de descaracterizar a presunção de inocência, abriu margem para que fossem construídas interpretações duvidosas e até invertidas, em volta da literalidade do artigo 27.2. O texto não acolheu a presunção de inocência em sua fórmula plena, já que, contrariamente, objetivou realçar uma diferença com a mesma, ao optar pelo *não é considerado culpado*, em vez do clássico *presume-se inocente*. Criou-se no curso do processo uma distinção doutrinária entre afirmar a *não culpabilidade* e a *inocência* do acusado, sendo que a opção por uma, anulava a convivência com a outra. Entretanto, o efeito mais sério desta alteração perseguida pelos técnico-jurídicos, inscrita pela *não culpabilidade*, foi a séria tentativa de criar um terceiro estado para o indivíduo, que ao ser processado não seria nem inocente e nem culpado e sim acusado. Explica-se. A palavra *acusado* não designaria apenas um indivíduo que estava sendo processado, mas

⁸² GUIARA, Aldo. Op. cit. p.82. Tradução de Stella Osternack Malucelli: “A inocência do acusado é presumida até a condenação definitiva.”

⁸³ Ibid., p. 83. Tradução de Stella Osternack Malucelli: “O acusado não é considerado culpado sem a condenação definitiva.”

⁸⁴ ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, n.21, v.2, 1978. p. 941.

implicaria em suspender seu natural estado de inocência, como foi anteriormente ilustrado.* Isto, inclusive, está afinado com os argumentos de Manzini, que pretendia suspender o estado de inocência do indivíduo no curso do Processo, para permitir que sobre ele fossem executadas medidas coercitivas antes da sentença final, com o objetivo de proporcionar ao Estado melhores condições de exercer o *jus puniendi* e a defesa da sociedade.

O estado de inocência não era bem visto, afinal, o indivíduo revestido deste caráter, traria para o interior do Processo inúmeros direitos e garantias individuais, que implicariam em dificuldades para que o *jus puniendi* fosse exercido. Os doutrinadores que trilharam o caminho de Manzini, concediam ao indivíduo um grupo de direitos e garantias individuais no curso do Processo, mas acreditavam que estes deviam ser limitados, para permitir que a persecução penal fosse bem sucedida.

Os representantes da doutrina italiana mais recente⁸⁵ negam esse triplo *status* para a pessoa (inocente, acusado e culpado), contrariando a construção doutrinária de Manzini ao afirmar que só há dois *status* possíveis: ou inocente ou culpado. Todo o acusado só pode ser considerado inocente, já que a acusação criminal não é suficiente para suspender a inocência do acusado e nem as garantias que a acompanham. Examinando mais atentamente as consequências de considerar apenas dois estados para a pessoa, isto significa dizer que a mesma ou é inocente, e tem para si o rol de direitos e garantias individuais correspondentes a este estado, ou é culpada, condição que só pode ser impressa ao final do Processo, aliada à respectiva sanção pela culpa aferida, de acordo com o especificado pela sentença final condenatória. O vocábulo *acusado* se refere tão somente ao indivíduo que está respondendo ao processo-crime. Logo, para a atual doutrina italiana não há distinção jurídica entre *inocência presumida* e *não culpabilidade*, que possa ser classificada como impedimento para que o indivíduo esteja assegurado de todos os direitos e garantias individuais durante o processo. Como pronuncia Bellavista,⁸⁶ citado por Sznick, "... quando não se é presumível culpado, é presumido inocente".

De modo geral, a Constituição italiana de 1946, no que se refere aos direitos do acusado, retratou-se dos traços totalitários inseridos no Código de Processo Penal de 1931,

* Vide os parágrafos finais do item 2.2.2.3.

⁸⁵ Entre eles se inscrevem Illuminati e Bellavista, conforme afirma TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p.32.

⁸⁶ BELLAVISTA. Considerazioni sulla presunzione d'innocenza. - SZNICK, Valdir. Op. cit. p. 75.

ao declarar que o direito de defesa é inviolável durante todas as fases processuais, inclusive realçando a necessidade de endereçar ao indivíduo a comunicação de acusação, a partir da instauração do Processo. A ulterior interação com os parlamentos democráticos, permitiu modificações que concederam à Constituição e à estrutura do Processo Penal uma aproximação maior com a defesa dos direitos e garantias individuais. A elaboração da Carta Maior italiana esteve em harmonia com a atmosfera política de valorização do indivíduo frente ao Estado, que inspirou a Declaração Universal de Direitos do Homem,⁸⁷ aprovada em Assembléia Geral em 1948, ocasião em que a presunção de inocência foi novamente lembrada, com viés diferente.

2.2.3. A Declaração Universal de Direitos do Homem

A Declaração Universal de Direitos do Homem (adiante DUDH) inaugurou a proclamação de uma série de declarações de direitos, que representam, em princípio, o comprometimento dos Estados na tutela dos direitos humanos, ao adotar tais mecanismos em suas legislações internas, pelo respeito à dignidade humana. Inicialmente, considerar-se-á somente o peso da DUDH para a presunção de inocência, em sede da interpretação diversa que a mesma promoveu. No próximo capítulo desta pesquisa, os outros documentos internacionais serão adequadamente inseridos, de acordo com o contexto histórico e político em que surgiram.

A Segunda Grande Guerra promoveu a emergência devastadora dos sentimentos nacionais e das ideologias nazi-fascistas, que culminaram na maior barbárie que o mundo moderno assistiu no decorrer do século XX. O desprezo completo pelos direitos e liberdades individuais demonstrou o quanto isso poderia ser pernicioso para a convivência humana, a ponto de estimular a Assembléia Geral entre as Nações, em 1948, no período do pós-guerra, a elaborar uma Carta de Direitos. Este foi o ponto máximo desta Assembléia, que se justificou no consenso gerado em torno da necessidade de reconhecer o valor da dignidade humana e da igualdade entre as pessoas, que possuíam direitos e deveres frente ao Estado e aos seus semelhantes.

Contudo, mesmo no Preâmbulo da DUDH, os signatários expuseram que a Carta se constituía em um ideal de tratamento do indivíduo, que cada Estado ali representado deveria

⁸⁷ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 250.

se esforçar para alcançar: “A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, (...) por promover o respeito a esses direitos e liberdades...”.⁸⁸ O maior mérito da DUDH foi reunir a maior parte dos representantes das Nações mundiais para que juntos reconhecessem que o ser humano possuía direitos e garantias. Este foi apenas mais um passo dado dentro do processo secular de positivação e realização dos direitos do homem. Talvez tenha sido o passo mais importante que tais direitos galgaram até os dias atuais, mas, indubitavelmente, não foi o primeiro e nem o último dos que ainda precisam ser conquistados.

Diferentemente da inspiração da DDHC, que se fundamentava em uma matriz racional e *jusnaturalista*, classificando os direitos e liberdades individuais como atribuições absolutas e imutáveis do homem, a DUDH partia da concepção de que os direitos humanos pertencem a uma categoria histórica e, portanto, são relativos às condições do período em que surgiram. A Declaração de 1948 não teve a pretensão de ser definitiva em seu conteúdo, já que os direitos agora são creditados como produtos da civilização humana e não mais da natureza. O homem tomou consciência do fato de que poderia ampliar e transformar o rol de direitos elencados como humanos. Também os direitos não são mais absolutos, mas limitados por outros direitos da mesma classe. A DUDH representou a fase de universalização e positivação dos direitos, antes restritos ao cidadão francês ou americano, apesar de não ter ainda uma validade em todos os territórios, mas pertencer ao homem considerado como cidadão deste ou daquele Estado.⁸⁹

A DUDH, enquanto documento político internacional, previu muitas garantias referentes ao justo processo e ao contemplar a presunção de inocência assim se manifestou no artigo 11.1: “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”⁹⁰ A nova redação cunhada para a presunção de inocência, não poderia deixar de agregar uma

⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos: instrumentos internacionais documentos diversos**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. p. 131.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

⁹⁰ BRASIL. Senado Federal. Op. cit. p. 132.

nova interpretação, que teve margem de desdobramento em alguns países, notadamente nos que empregam o sistema da *common law*.

Como se refere a prova da culpabilidade, a interpretação da presunção de inocência advinda da DUDH teve o condão de atuar dentro do Processo, já que impôs para a acusação a tarefa de provar a culpabilidade do acusado. Firmou o entendimento de que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas de sua inocência, que deve ser presumida até que a acusação forneça elementos materiais, que concluam por sua culpabilidade. Isso não impede que o acusado possa produzir judicialmente a convicção de sua inocência, muito pelo contrário, o Processo é enriquecido de momentos em que sua participação ativa é incentivada para a formação do conjunto probatório. Com efeito, caso o órgão de acusação não seja bem sucedido, o imputado deve ser, incondicionalmente, absolvido na sentença.⁹¹ Nisso se insere a conhecida expressão herdada do direito romano: *in dubio pro reo*, pressuposto que determina que uma condenação deve estar fundada em uma ampla certeza do juiz, onde não vigore a mínima margem de dúvida. Se não houver esta farta certeza disponível para verificação no conjunto probatório, o acusado deve ser, irremediavelmente, absolvido da acusação que lhe pesa. Onde pairar uma pequena dúvida, o juiz estará autorizado a absolvê-lo, pois qualquer incerteza milita a favor do acusado.

Portanto, o significado da presunção de inocência desenvolvido a partir da DUDH refere-se a uma **regra probatória ou de juízo**, que destina à acusação toda a tarefa de provar a existência do fato criminoso e a culpabilidade do acusado, pois este não poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.* Onde quer que o acusado se manifeste no Processo, suas declarações poderão versar apenas sobre fatos e direitos que o beneficiem e seu silêncio não poderá ser interpretado contra sua defesa, havendo um verdadeiro *direito ao silêncio*. Um corolário lógico que deflui da presunção de inocência como regra probatória ou de juízo, seu significado e um de seus efeitos diretos é a regra de decisão contida no *in dubio pro reo*, que se impõe ao juiz no momento da sentença, já que a condenação deverá estar cercada da mais ampla **certeza** e fulcrada em provas indiscutíveis acerca da existência do fato e da culpabilidade do acusado, sem as quais o acusado deverá ser absolvido.

⁹¹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p.34.

* Aliás, este é o conteúdo da V Emenda à Constituição Norte Americana, que dá o direito aos acusados de não produzirem provas contra sua defesa, afirmando o direito ao silêncio, corroborando mais uma vez a observação de que este desdobramento da presunção de inocência é mais aplicado no direito de matriz da *common law*.

A presunção de inocência sustentada a partir desta interpretação, assim como os outros direitos e garantias individuais inseridos no documento de 1948, adquiriram a positivação solene e, depois disso, importa realizar a defesa de tais direitos, buscar meios que impeçam a constante violação por parte dos próprios Estado signatários. E isto, sem dúvida, não é mais um problema apenas jurídico, mas efetivamente político.⁹²

2.2.4. O triplo significado da Presunção de Inocência

Do breve caminhar histórico, através do qual se objetivou o resgate do sentido moderno da presunção de inocência, expôs-se como o contexto político influenciou as interpretações elaboradas acerca de seu significado e alcance jurídico. Como pode ser visualizado, os três tópicos que foram investigados, de acordo com o enunciado nos textos legislativos, deram origem a três significados diferentes, que podem ser assim agrupados:

1º) em um primeiro momento, através da expressão da DDHC, o acusado não poderia ser **tratado** como culpado, antes da sentença final condenatória. Isto incluiu severas limitações a todas as medidas cautelares no curso do Processo Penal, que importassem em restrições de direitos para os acusados, tais como prisão preventiva sem prazo determinado e formas de antecipação da pena, como os suplícios. A partir desta formulação instituiu-se a presunção de inocência como **regra de tratamento** do acusado durante o Processo-Crime. O Estado enfrentou uma limitação do exercício do *jus puniendi*, na afirmação da necessidade de respeito às liberdades individuais. A relação de confronto entre o poder de persecução penal e a liberdade individual estava, sob um de seus vértices, regulada pela presunção de inocência.

2º) do longo debate entre as Escolas Penais italianas pouco se discutiu sobre o conteúdo da presunção de inocência e sobre suas conseqüências práticas para o Processo Penal. A verdadeira discussão travada entre os teóricos, girava em torno do **fundamento do Processo Penal**, se deveria servir como instrumento de defesa da liberdade individual, com a tutela da inocência, ou como meio de defesa da sociedade, frente aos atos lesivos dos delinqüentes. Implicava, portanto, em uma discussão de fundo sobre os princípios orientadores da direção das normas processuais, que se ocultava sob a aceitação ou não da presunção de inocência, o que de plano indicaria se o fundamento do Processo estava no indivíduo ou na sociedade.

⁹² BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 24 e 25.

Neste sentido, a aceitação da presunção de inocência refere-se a um **modelo de Processo Penal**,⁹³ de matriz liberal, que se preocupa primeiramente em proteger os direitos do indivíduo. Todavia, certo é que a fórmula inscrita na Constituição italiana de 1948 remete ao sentido de tratamento do acusado antes da sentença penal irrevogável, que não pode ser considerado culpado.

3º) o exame da presunção de inocência oriunda da DUDH, restringe-se ao campo **probatório**, já que impõe à acusação a tarefa da produção completa das provas acerca da culpabilidade do indivíduo. Além de eximir o acusado da obrigação de produzir provas sobre a veracidade da acusação, implica em sua absolvição incondicional, caso a sua culpa não tenha sido totalmente provada, o que permitiu margem de dúvida para o juiz (*in dubio pro reo*). Ou seja, se persistirem dúvidas sobre a culpa do acusado, ele deve ser absolvido. Portanto, a presunção de inocência refere-se também a uma **regra probatória ou de juízo**, atuante no decorrer e no deslinde final do Processo Penal.

Do exposto, atribui-se à presunção de inocência o triplice significado de: regra de tratamento, regra probatória ou de juízo e modelo de Processo Penal, que apesar de distintos, são as três orientações possíveis, segundo a própria história política e jurídica da expressão. Isto não impede que outros desdobramentos sejam realizados, a partir deste entendimento inicial, conforme as circunstâncias de orientações políticas locais. Entretanto, o peso mais influente para conduzir o alcance e o significado da presunção de inocência está na força interpretativa das decisões judiciais, que contribuem não só para o ajuste ao caso concreto, mas, principalmente, para tornar efetiva a tutela por ela permitida.

2.3. Presunção de inocência e Processo Penal

Dos três aspectos estudados sobre a presunção de inocência, o mais marcante é o que a concebe como interligada a um determinado modelo de Processo Penal. Não que este significado seja o mais preponderante, mas sua importância capital é compreendida em dois pontos: primeiro porque explica a essência política da presunção de inocência; segundo porque denuncia o papel exercido pela mesma dentro do Processo Penal. Neste instante, investigar-se-á mais detidamente o modelo de Processo Penal pretendido pela adoção da

⁹³ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p.35.

presunção de inocência em um ordenamento jurídico, depois de observar os modelos empregados pela doutrina, tendentes a explicar as estruturas do Processo Penal moderno.

2.3.1. O modelo de Processo Penal da presunção de inocência

A tradução da presunção de inocência como um modelo de Processo Penal derivou do debate promovido entre as Escolas Penais. Através do amplo conceito da presunção introduzido pela interpretação da Escola Clássica, seguido pela pretendida refutação da Escola Positiva e pela crítica implacável da Escola Técnico-Jurídica, a verdadeira discussão entre as escolas italianas visava a formulação de um modelo político para o Processo Penal. Tanto isso é perceptível, o quanto se pode observar que no debate entre as escolas, pouco se discutiu acerca das **conseqüências jurídicas** da presunção de inocência para o Processo. Somente Carrara tentou instrumentalizá-la, esmiuçando parte de sua atuação concreta nos atos processuais, como direito do indivíduo frente ao *jus puniendi* do Estado, pois os representantes das outras Escolas preferiram dirigir seus argumentos para recusar a inclusão da mesma em seu modelo de Direito Penal e Processual Penal.

Todo o pensamento de Carrara fundou-se no pressuposto de que o indivíduo deveria ser protegido do excesso repressivo estatal, ou seja, de que os direitos individuais deveriam estar em prevalência, frente ao direito de punir do Estado. Portanto, não estranha que este modelo de Processo estivesse lastreado na presunção de inocência, com a qual guardava uma íntima coerência. Isto leva a crer que sustentar a presunção de inocência, mantendo o indivíduo tutelado pelo amplo rol de garantias jurídicas que este estado proporciona, mesmo depois de formalmente acusado de um ato delituoso, é uma atitude possível somente diante do reconhecimento de que o indivíduo ocupa uma posição de destaque, frente ao Estado e ao corpo social, o que é reproduzido na legislação repressiva.

Sempre que o contrário ocorrer, ou seja, o Estado ou a defesa da sociedade estiver em uma posição de primazia sobre o indivíduo, não haverá espaço para a presunção de inocência, pois esta será incoerente com os fins políticos perseguidos pelo Processo Penal. Isto explica o rechaço da Escola Positiva à presunção de inocência, já que sua âncora estava na defesa da sociedade e qualquer tentativa de priorizar o indivíduo, tornava-se incompatível com seu modelo de Processo. Assim:

... a defesa social não tem virtualidades para dar fundamento racional a uma esfera autónoma de liberdade do indivíduo, porque parte do pressuposto indiscutível da superioridade do

colectivo ou do grupo sobre o indivíduo. O absoluto é o Estado, enquanto a pessoa goza apenas dos 'direitos' que o Estado lhe atribui e reconhece por seu gratuito acto de vontade, ao longo da evolução histórica. E o que foi reconhecido pode ser revogado 'ad nutum'.⁹⁴

Neste caso, nitidamente, o *jus puniendi* está em supremacia frente ao *jus libertatis*, ou seja, a preferência em tutelar o indivíduo sucumbe face a imperiosa necessidade de proteger a sociedade e manter a ordem interna do Estado. Com a Escola Técnico-Jurídica não foi muito diferente, pois seu modelo de Processo Penal, apesar de exprimir a intenção de preservar os direitos de liberdade do indivíduo, excluía a presunção de inocência do acusado, como decorrência lógica da defesa de outros bens jurídicos, que por serem objeto da tutela da lei penal, deveriam ser prioritariamente protegidos. Aceitar a presunção da inocência para um acusado, no correr de um processo penal, significava colocar um empecilho à persecução penal do Estado, ameaçando a eficiência do seu *jus puniendi*. Manzini, como supra citado,* via o Processo Penal não como um meio de tutelar a liberdade do indivíduo, mas, contrariamente, como um instrumento apto para afirmar a certeza de sua culpabilidade e, assim, poder puni-lo sem margem de erro. Na verdade, o modelo de Processo Penal estruturado por Manzini e por outros técnico-jurídicos, não comportava a presunção de inocência porque servia-se de um meio para punir e não para proteger a liberdade física individual ou a inocência do acusado do poder punitivo estatal. Logo, configurava-se um contra-senso tutelar a inocência, a par das garantias derivadas deste *status*, para inseri-la no interior de um conjunto de normas tendentes a provar a culpa de um acusado.

O período histórico em que esta Escola deu seus primeiros passos foi cercado da compreensão filosófica e política de que o Estado era a identificação do todo coletivo, ente supremo que deveria ser protegido pela ordem jurídica, de modo que isto foi inserido na **razão de Estado**. Depositou-se no Processo Penal o arsenal de um poderoso instrumento político de organização interna, para cumprir com uma ordem jurídica rígida de proteção do Estado, conforme a linha política totalitária do Governo. Reduziu-se o Processo Penal a tarefa de manter os indivíduos submissos aos interesses de controle e detenção do poder político. O totalitarismo político que permeou a Itália e outros países europeus, nas primeiras décadas do século XX, afetou o modelo de Processo Penal então erigido, de acordo com as insubstituíveis palavras de Bettiol:

⁹⁴ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 47.

* Item 2.2.2.3.

O que, infelizmente, aconteceu sob a influência do totalitarismo político nos últimos decênios da Europa, quando se pretendeu construir o processo penal atribuindo uma proeminência absoluta e indiscutida aos interesses do Estado, em total detrimento da liberdade individual. O processo tinha-se 'politizado', no sentido negativo do termo, de modo a fazer perder ao indivíduo, no domínio do debate processual, sua posição de paridade se não mesmo de proeminência em relação à acusação, posição que lhe fora atribuída sob a influência do liberalismo político e jurídico. E não se esqueça que esta politização do processo atingiu formas desconcertantes no nosso país, mesmo depois da queda do regime fascista e isto justamente em nome da liberdade (lamentavelmente mal entendida)...⁹⁵

O exemplo italiano bem ilustra que o modelo de Processo Penal acolhido por um ordenamento jurídico, guarda muita afinidade com os interesses que compõem a **razão de Estado**, seja com tendência maior à tutela da liberdade individual ou à primazia do poder repressivo do direito de punir. O Processo Penal é o espaço onde se desenvolve uma relação de força, que confronta o *jus puniendi*, titularizado pelo Estado, contra o *jus libertatis* do indivíduo acusado de infringir a lei punitiva estatal. Do exame superficial desta relação processual, fica claro que esta não se desenvolve entre iguais, porque o Estado exerce uma força imensamente superior a do indivíduo, já que detém para si o ***aparelho munido do monopólio da utilização legítima da força***,⁹⁶ composto por um corpo de funcionários e de normas jurídicas que movimentam instituições jurídicas e políticas, criadas com o intuito de *realizar a justiça* e que, inevitavelmente, agregam um poder repressivo e violento. Por isso, permitiu-se a criação de direitos e garantias para o indivíduo, para equilibrar essa situação dispar e conceder o mínimo de condições para que o mesmo pudesse se defender dos excessos da máquina punitiva do Estado.

Ocorre que, mesmo depois que esta medida foi inventada, com o intento de manter um Processo Penal com forças equilibradas, os modelos processuais erigidos não retratavam este equilíbrio idealizado, mas a propensão para a desigualdade de forças, geralmente para o *jus puniendi*. Sempre que o Processo Penal prevê prioridade para a persecução penal, seja em nome da defesa da sociedade ou da manutenção de uma situação política, inevitavelmente acaba-se por estimular um desequilíbrio de poder. Se o Processo traduz uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado, o modelo de Processo Penal no qual a presunção de inocência encontra espaço para atuar concretamente é o liberal,⁹⁷ entendido como aquele que por ser

⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 209.

⁹⁶ Ver retro item 1.1.3. HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 31.

⁹⁷ O sentido dado pelo termo "liberal" aqui empregado diz respeito ao liberalismo do tipo político, que tem como princípios básicos, segundo WOLKMER: "... o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo político (o Estado de Direito, o império da lei, a supremacia constitucional, os direitos e garantias individuais), a teoria da Separação dos Poderes (...) e a soberania

rico na previsão de direitos de liberdade individual, coloca o acusado em uma posição privilegiada para enfrentar o poder punitivo de Estado. Apesar desta ser a característica mais importante do Processo Penal liberal, ela não é a única.

Para saber mais acerca do modelo de Processo Penal afinado à presunção de inocência, basta recordar os dois tipos principais de processo que se apresentaram na história jurídica e política do ocidente, a saber, o inquisitório e o acusatório. Estas foram as estruturas que se concretizaram na história processual, mas que foram elaboradas pelos doutrinadores, de modo a expressar suas características mais comuns. Com a exposição que segue, busca-se expor os modelos como categorias jurídicas processuais, para visualizar ao final em qual deles a presunção de inocência se insere. Como o método para elaborar essas categorias foi o da generalização, dificilmente encontrar-se-á estes tipos na exata maneira como serão expostos, dentro da realidade jurídica dos sistemas processuais estudados. Pois, é certo que o Processo assume um caráter singular ao ser concretizado em um plano cultural e político e, portanto, não poderá ser enquadrado em uma estrutura esquemática única.

2.3.2. O modelo inquisitorial

O Processo Penal do tipo inquisitório tem como marca distintiva o fato de não prever separação entre a função de acusação e de julgamento. Ou seja, é atribuição do mesmo órgão verificar a existência de crime e indícios sobre sua autoria, acusando um suposto culpado, para com base nestes dados realizar o julgamento. O juiz é o acusador, ele compõe a relação processual ao lado do indivíduo, recolhendo provas, indicando testemunhas e formulando a imputação contra o acusado. Por cumular as duas tarefas, o juiz se reveste de um poder superior, que o coloca em posição de total superioridade frente ao indivíduo, submisso aos atos de julgamento, já que este, para se defender terá que se dirigir ao seu acusador.⁹⁸ Nisso se justifica o termo **juiz inquisidor**, como aquele que além de ter a iniciativa de perseguir todas as possíveis provas para acusar, tem também o poder de julgar, pois determinará o crime e a pena.

popular.”. Na verdade, o liberalismo político se refere à extensão do poder governamental. WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 116.

⁹⁸ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 211.

O inquisidor é uma figura constante nos processos eclesiásticos movimentados pela Igreja, muito comuns na Idade Média,⁹⁹ quando se estenderam por toda a Europa. Inicialmente o inquérito tinha sido utilizado pela Igreja como forma de pesquisa da verdade, mas em âmbito administrativo, para gerir seus bens particulares, já que o crescimento do número de doações dos fiéis, principalmente em extensões de terra, tinha suscitado a necessidade de verificar sua procedência e valor.¹⁰⁰ Contudo, foi no decorrer do século XIII que o inquérito tomou impulso como forma de conhecimento processual, através da Decretal do Papa Inocêncio III, que lhe dotou de firmes delineamentos, creditando o método secreto e sem necessidade de provocação das partes, como o mais apropriado para a investigação dos crimes de heresia e de desvios de comportamento dos clérigos. Posteriormente esse modelo foi aperfeiçoado por outros líderes da Igreja, como Bonifácio VIII, Clemente V e João XXII e estendido para alcançar outras condutas delituosas.¹⁰¹

Em um primeiro momento, os crimes determinados pela Igreja como heresia e até bruxaria, diversamente do que se poderia supor, não eram julgados pelos tribunais eclesiásticos, mas pelos tribunais seculares, para os quais cedeu-se competência quase que exclusiva. Somente depois do ano de 1484, com a publicação da bula papal de Inocêncio VIII, inaugurou-se um novo período em que a competência para estes julgamentos passou a ser concorrente com a dos tribunais eclesiásticos.¹⁰² Isto explica como o método inquisitório idealizado pela Igreja, transportou-se rapidamente para os tribunais seculares, onde naturalmente foi absorvido também para o julgamento de crimes comuns.

Entretanto, o fator de maior contribuição para que o modelo processual inquisitório se propagasse para o julgamento de todas as espécies de crimes, paradoxalmente, foi a necessidade de proteção das classes desfavorecidas. O edifício social estabelecido pelo feudalismo inseria os vassalos em uma posição de reconhecida dependência frente aos proprietários de terra, de modo que, dificilmente ele poderia opor contra seu senhor qualquer pretensão jurídica. Para suprir esta deficiência, o processo inquisitório dispensava a denúncia

⁹⁹ Apesar de historicamente haver referência anterior aos métodos inquisitórios, como ocorreu na Grécia antiga e em Roma, foi na Idade Média que eles foram desenvolvidos com mais afinco. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p. 55.

¹⁰⁰ Ibid., p. 69.

¹⁰¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v.1 p. 226.

formal para ser instaurado,* já que o inquisidor tinha poderes de iniciativa para movimentar as investigações por conta própria. Quem quisesse denunciar um crime, não precisava se identificar, o que também facilitou um maior controle sobre as condutas criminosas.

Por outro lado, isso justificou o caráter essencialmente secreto do inquérito, não dando as partes o conhecimento do curso das investigações e nem do teor das acusações, ao menos em uma fase inicial. As testemunhas eram ouvidas e acareadas em segredo, sem a participação do acusado ou de defensores e a denúncia formal só surgia em um segundo momento, depois que indícios e provas acerca da existência do crime e de sua autoria eram suficientes para sustentar a acusação.¹⁰³

Obviamente, nesta primeira fase não era permitido que o acusado se manifestasse, ou pleiteasse a colheita de provas em seu favor, característica que posteriormente infundiu o terror nas pessoas devido ao uso exacerbado que os juízes fizeram de seus poderes na prática de comandar um inquérito. O direito de defesa era muito limitado, possível de se externar somente na segunda fase do processo, depois que os atos concernentes à prova da culpa do acusado estavam praticamente completos. Agrava-se a isso, o fato de que esta primeira etapa do modelo inquisitorial, com flagrante impedimento do exercício de defesa, não era apenas uma peça informativa, mas contava como prova judiciária.

Enquanto forma de saber, o inquérito funciona através da pesquisa minuciosa do passado, recolhendo cada peça necessária para a *(re)constituição dos fatos*, alinhando o acusado, a vítima, o crime, seu motivo, as testemunhas. Tal reconstrução tem como objetivo introduzir o juiz à cena da qual ele não participou e isto fundamenta o poder das suas decisões, pois alimenta a crença de que o mesmo presenciou o fato, ao menos indiretamente e, logo, sua decisão é correta.¹⁰⁴ Por isso, quanto mais próximo se chega da verdade objetiva, melhor sucedido é o inquérito. Quanto mais aprimoradas forem as formas de fazer o julgador presenciar o pretérito, agregando o saber, maior será o poder das suas decisões, dado seu caráter de expressão da verdade real. Para tanto, o modelo inquisitorial deposita extrema

¹⁰² HAUSER, Ester Eliana. MARTEL, Leticia. Tribunais, magistrados e feitiçarias na Europa moderna. SANTOS, Rogério Dutra dos (org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 228.

* Entretanto, nada impedia que o processo se iniciasse com uma denúncia formal da vítima ou de terceiro.

¹⁰³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit. p. 229.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade...* Op. cit. p. 72.

importância em duas fontes de provas, que se mostram mais eficientes a proposta de trazer o passado à tona: o testemunho ocular e a confissão do acusado.

Todos os esforços são dirigidos para o momento culminante do processo, a confissão, onde a verdade dos fatos é conhecida através de quem a viveu, o acusado, já que somente ele conhece detalhes imprescindíveis para a elucidação completa do crime.* A prova também é aprimorada com o mínimo de dois testemunhos oculares, que juntos têm o poder de fundamentar uma condenação. Confissão ou dois testemunhos oculares, prevaletentes completos para uma condenação irreparável.¹⁰⁵

O sistema ordálico de provas foi abolido pelo IV Concílio de Latrão, em 1215¹⁰⁶ e, desde então, primou-se por um regime de provas dotado de racionalidade, através da substituição do componente sagrado pelo humano, mais previsível e que permitiria um maior controle dos julgamentos. Com esta inspiração estruturou-se no continente¹⁰⁷ o sistema de provas legais, típico do modelo inquisitório, que não se fundamentava em aspectos puramente legislativos, mas compunha-se de uma intrincada combinação, resultado de um árduo trabalho doutrinário.¹⁰⁸ Cada prova recolhida não precisava ser valorada pelo juiz, porque depois de reputada como aceita, já recebia um peso que estava pré determinado.¹⁰⁹ No momento do julgamento bastava ao inquisidor somar os valores de todas as provas e emitir a decisão, como uma operação matemática, sem liberdade alguma para sopesar suas razões. Apesar do juiz estar revestido do poder de acusação e de investigação, lhe era

* Como foi visto anteriormente o modelo inquisitório foi utilizado na era dos suplícios (v. retro item 1.1.5.) e devido ao peso concedido para a confissão, a rainha absoluta das provas, vários instrumentos eram disponibilizados para que ela fosse conseguida, como a tortura, autorizada inclusive pela Igreja.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 147.

¹⁰⁶ HAUSER, Ester. MARTEL, Leticia. Op.cit. p. 222-223.

¹⁰⁷ Este Concílio de Latrão abriu a perspectiva para a formação de dois sistemas de provas distintos, um na Europa continental e outro na insular, especificadamente na Inglaterra, enraizando duas tradições na disciplina probatória, diretamente interligadas aos modelos de Processo Penal e que ainda hoje permanecem vivas. Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

¹⁰⁸ As codificações continentais, como as Ordenanças francesas de 1670, não previam nenhuma regra de combinação de provas, entretanto as regras do sistema legal estavam ali supostas, pois durante a sua vigência este era o meio utilizado para compô-la. Os textos romanos eram a base que a doutrina da época empregava para este fim (vide a respeito retro 2.1.4.). Cf. Ibid. p.23.

¹⁰⁹ As provas obedeciam a uma rígida organização hierárquica, que as subdividia por exemplo em: provas plenas ou semiplenas; manifestas, consideráveis e imperfeitas. Cf. Id.

retirada a autoridade para valorar as provas segundo critérios subjetivos, restando-lhe a tarefa de impor a pena caso houvesse condenação.¹¹⁰

Na verdade, o escopo maior desta objeção era criar uma barreira contra o arbítrio judicial, mas este, em certa medida, era franqueado pela intensa atividade acusatória do juiz, exercida na colheita de provas e na elaboração da acusação, ambas submetidas a um alto grau de subjetividade. No mesmo sentido, a falta de rigor técnico do qual padeciam as codificações, isto no período em que o inquisitorialismo era a regra base dos processos criminais, outorgava margem de liberalidade para que o juiz aferisse a existência de crime e aplicasse a pena. As figuras típicas que exprimiam as condutas delituosas eram demasiadamente vagas e imprecisas, deixando ao alvedrio do magistrado a adequação do fato ao frouxo tipo jurídico. Também a exata medida da pena não era fixa, possibilitando alternativas na sua quantidade e qualidade.

A forma escrita constituiu-se em outro aspecto do modelo inquisitório de Processo Penal, que lhe dotou de muita formalidade, já que todos os atos para serem válidos, deveriam ser inseridos em documentos escritos. As alegações orais não podiam ser acrescentadas ao conjunto probatório e isso dificultava a defesa do acusado, que poderia perder chances únicas para argüir fatos em sua defesa, além de tornar o processo muito lento, prejudicando seu andamento contínuo. Do início ao fim, o processo inquisitório era escrito e extremamente formal.

Finalmente, em conexão direta com o estudo aqui empreendido, resta evidenciar que o método inquisitorial de Processo Penal parte sempre da suposição de um fato, de um *a priori* investigativo e, em vez de afirmá-lo diretamente em uma acusação, dirige-se para a busca secreta de indícios para prová-lo. **Presume um culpado** e reúne esforços para lograr sua confissão,¹¹¹ servindo-se de instrumentos como os suplícios.

¹¹⁰ Lembre-se no entanto, que para que uma pena fosse aplicada contra o acusado, não era necessário que o processo estivesse findo e a culpa comprovada. Havia as penas extraordinárias ou penas de suspeitos, aplicadas em casos de indícios comprometedores, para que a confissão fosse mais *espontânea* e para que o acusado não saísse ileso de sua culpa parcial. Id. Vide retro item 2.1.5. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e ...* Op. cit. p. 41;.

¹¹¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit. p. 228; Cf. NUCCL, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 147

Em linhas gerais, são esses os principais pontos de identificação que o modelo inquisitório possui em sua forma bruta¹¹². Passa-se para igual exame na seara acusatória.

1.3.3. O modelo acusatório

Retratando aberto contraste com o modelo anterior, ao qual se contrapõe, o acusatório institui o divórcio entre as funções de julgamento e acusação, que são aqui exercidas por órgãos diferentes e não guardam entre si nenhuma dependência funcional. O juiz surge como um terceiro supra partes, incumbido de verificar se estas obedeceram as regras pré estabelecidas em juízo, para em seguida, proferir o julgamento do conflito. Não cabe ao juiz a formulação e o exercício da acusação, nem a iniciativa na colheita de provas, tarefa destinada às partes, de onde se conclui que o traço diferencial deste modelo é um juiz imparcial e independente, que não tem nenhum envolvimento com o caso.¹¹³

O modelo acusatório precedeu historicamente o inquisitório, pois surgiu em uma época em que o delito e a sua punição eram assuntos restritos à órbita de decisão entre a vítima e o acusado. O juiz assumia o papel de um verdadeiro árbitro, velando para que algumas regras pré estabelecidas não fossem violadas, de forma que o deslinde da questão fosse aceito por ambas as partes. Esse foi gérmen do modelo acusatório, calcado em uma concepção privada do Direito, onde a ausência da esfera pública e do poder de Estado, deixavam uma ampla margem para que os envolvidos tomassem as rédeas da situação. Conforme o fortalecimento do Estado e a conseqüente formação da esfera pública ocorreram de forma dissimilar,* a figura do juiz passou a ocupar um espaço maior, deixando de interferir apenas em algumas situações, tomando para si a responsabilidade sobre a punição dos delitos, em conformidade com o exercício do poder de Estado. Mesmo assim, a vítima continuou participando ativamente do pleito, ao lado do acusado, em juízo, onde ambos apresentavam suas razões.

O cerne do modelo acusatório repousa na instituição do júri inglês, de onde se originaram suas principais diretrizes, principalmente depois que o IV Concílio de Latrão, em

¹¹² E foi contra os abusos permitidos por esse sistema que Beccaria se insuflou, lutando por um novo caminho para a justiça punitiva em sua obra *Dos delitos e das penas*, v. retro 2.2.1. e 2.2.2.1. BECCARIA, Cesare. Op. cit. *passim*.

¹¹³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 116.

* Vide o anterior item 2.1.4. que se refere ao processo de centralização da justiça e de publicização do direito.

1215, proibiu o uso das ordálias e dos juízos de Deus para a prova da culpabilidade. Na Inglaterra, face a impossibilidade desse artifício, buscou-se remodelar a prática judiciária, a partir de uma proposição inovadora frente às soluções continentais, adotando um júri (*petty jury*) que deliberaria sobre a condenação ou absolvição do acusado, com lastro nas provas apresentadas oralmente pelas partes, em sessão pública de julgamento. No entanto, impõe-se ressaltar que o sistema inglês da época, além desse júri, previa um júri inicial, incumbido de receber denúncias e decidir sobre a acusação formal do indivíduo. Importa perceber que os ingleses preocuparam-se com a separação entre as funções de acusação e de julgamento, não somente criando comissões distintas para estas ocupações, mas impedindo que idênticas pessoas compartilhassem os dois júris, ou seja, quem compunha a acusação, não poderia participar do julgamento¹¹⁴ Na transparência desses institutos faz-se notória a manifestação dos lineamentos mestres do modelo acusatório, senão veja-se mais detidamente o sistema de provas.

Um cuidado especial foi dedicado para o campo probatório, motivado no fato da composição leiga do júri, onde os membros poderiam facilmente recorrer às regras de experiência pessoal para julgar, ou serem induzidos a erro pela dubiedade das provas, o que além de prejudicar a retidão dos julgamentos, seria contrário a própria tendência racionalizadora do jurídico, que precocemente iniciava sua distinção na Inglaterra. Várias técnicas foram estruturadas com este intento, como a afirmação da *law of evidence*, que salientava o apego à prova testemunhal, a par de um farto conjunto de regras de exclusão, que juntas compunham um filtro sobre todas as provas produzidas pelas partes.¹¹⁵ Tudo isso para conduzir os jurados ao ponto principal a ser examinado, desviando qualquer prova que pudesse retirar a objetividade da questão.

Como as partes se confrontavam perante o júri, apresentando todas as provas já admitidas, esse sistema também privilegiou a consagração do contraditório, da oralidade e da publicidade do Processo, vigas maiores do modelo acusatório. Com o tempo isso foi aprimorado, porque os jurados só tomavam ciência do conteúdo do Processo e do material probatório durante a sessão de julgamento, o que exigiu que acusação e defesa se esmerassem para apresentar seus argumentos com clareza e persuasão. Os debates orais perante os jurados eram de capital importância para a decisão final.

¹¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 37.

¹¹⁵ Ibid, p. 37/38.

Esta deliberação não estava vinculada a pesos pré definidos, como no sistema legal do inquisitório, mas deixava livre o convencimento dos jurados, de modo que uma confissão podia não ser a peça maior de um conjunto probatório. Aliás, a confissão extrajudicial nem sempre era aceita no conjunto probatório e até hoje precisa estar devidamente averiguada, através de procedimentos especiais, pois, nos Estados Unidos da América, para onde o modelo acusatório foi transferido e preservado pelos colonizadores, “... não se concebe que de um interrogatório possa emergir uma confissão porque é contra a natureza humana, que visa à preservação contra a auto-acusação.”¹¹⁶ Além do mais, percebe-se que o sistema de provas permitia a liberdade para o convencimento da culpa ou da inocência do acusado, de acordo com os argumentos apresentados. Entretanto, os critérios que definiam as condutas delituosas e a quantidade da pena correspondente, estavam rigidamente fixados, sem espaço para qualquer arbítrio, representando assim, os limites à atividade judicial.

Do exposto, algumas lições podem ser retiradas do sistema acusatório, como a atuação de diferentes sujeitos: autor,¹¹⁷ réu, seu defensor e juiz, que se relacionam juridicamente para executar as tarefas de acusar, defender e julgar. O fulcro que anima a estrutura acusatória repousa na contrariedade entre acusação e defesa, igualmente reputadas frente a um julgador imparcial. A idéia de acusação só tem sentido se contraposta a uma defesa imbuída de instrumentos e de direitos suficientes para fazer pesar sua posição e suas razões, a ponto de poder influenciar no conteúdo da decisão.¹¹⁸ Portanto, não é um simples direito de defesa que satisfaz a uma concepção acusatória de processo, mas somente aquele que pressupõe oportunidades para que o acusado exponha suas razões ao julgador, as quais mesmo depois de sopesadas com as que foram apresentadas pela acusação, podem prevalecer na sentença. Consequência direta disso é a necessidade de um juiz imparcial, que

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 149. O mesmo autor assevera que este é o conteúdo da V Emenda à Constituição Americana o que também se reproduz na *common law* inglesa.

¹¹⁷ Como bem salienta Geraldo Prado, o autor no regime acusatório nem sempre é a vítima. Veja-se o caso da Inglaterra, ilustrado por este estudioso porque até hoje permanece fiel ao modelo acusatório, onde somente em 1879 foi instituído o Escritório do Diretor de Persecução Penal Pública, com atuação restrita ao acompanhamento dos casos considerados de maior gravidade, o que o assemelha a um acusador público. No mais das vezes, incumbe ao policial a iniciativa da ação penal, encargo que desempenha no papel de súdito, assistido por um advogado com amplos poderes e não como representante da sociedade ou do Estado. Nos Estados Unidos da América, desde o final do século XVIII e início do XIX, ocupa a cena acusatória a figura do Promotor de Justiça, os quais são eleitos em 46 dos 50 Estados da federação e na justiça federal obedecem a uma indicação presidencial, além de serem subordinados a um Procurador Geral. O critério eletivo guarda coerência com o fato de serem reconhecidos como representantes da sociedade, tarefa creditada como política. PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 111.

¹¹⁸ Ibid., p.115.

não esteja vinculado ao fato e nem às partes, que examine todas as provas formuladas e que, livre de pressões, possa decidir entre as duas alternativas apresentadas: inocência ou culpa.

Por fim, revestindo-se dos atributos acusatórios, ainda em oposição ao modelo inquisitório, que presume os fatos e o culpado, para então buscar as provas, merece relevo a seguinte observação: “O sistema acusatório, (...) afirma o fato e, enquanto não o prova, o acusado é presumido inocente.”¹¹⁹

Vistos de modo breve, são esses os aspectos principais do modelo acusatório na sua forma pura, doutrinariamente estipulada. De posse dessas informações, resta traçar qual o modelo se ajusta à presunção de inocência, traduzindo assim o suporte adequado para sua inserção dentro de um ordenamento jurídico.

2.3.4. O Processo Penal da presunção de inocência

Como pôde ser observado, os modelos processuais descritos se sucederam historicamente, cada um revelando suas peculiaridades de acordo com os contextos culturais nos quais se desenvolveram. Entretanto, foram nos excessos cometidos nas brechas do inquisitório, como as torturas, as prisões ilegais, a falta de critério para a definição de crimes e de penas, que animaram os propósitos reformistas do final do século XVIII a requerer uma nova justiça punitiva, a qual incluiria um Processo Penal distinto. A solução encontrada para sanar os desvios da estrutura inquisitória, mas ao mesmo tempo reter o que dela pudesse ser aproveitável, foi propagar um modelo misto, agregando qualidades acusatórias às inquisitórias. Exemplo disso foi o *Code d'instruction criminelle*,¹²⁰ de 1808, o qual, em linhas gerais, inspirou as codificações similares dos séculos XIX e XX, por toda a Europa e suas respectivas colônias.

O modelo misto sobrevive até os dias atuais no corpo processual penal de algumas legislações ocidentais modernas e, de modo geral, consiste em um Processo calcado em duas

¹¹⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Op. cit. p. 228. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 148.

¹²⁰ O Código de Instrução Criminal francês abrigava duas fases distintas. A primeira era nitidamente inquisitória, dirigida por um juiz-instrutor que pesquisava a verdade em procedimentos secretos, até concluir pela acusação, lastreada em indícios de autoria e materialidade. Feito isto, procedia-se à acusação que inaugurava a fase chamada de juízo, de matriz acusatória, consumada por atos públicos perante um tribunal colegiado ou júri, onde permitia-se o livre debate entre as partes, estimadas como iguais perante o órgão deliberativo. Cf. PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 100/101; Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 30.

fases, sendo que a primeira geralmente se concretiza em uma pesquisa minuciosa sobre os fatos e sobre a autoria do delito, para que, em um segundo momento a acusação seja oferecida, acompanhada das manifestações do direito de defesa. O esforço metodológico para conjugar inquisitório e acusatório foi *idealizado* como um mecanismo de cognição apto a asilar, com relativa proporcionalidade, o direito de punir e a tutela dos direitos individuais do acusado. Isto é perceptível ao se examinar a atitude dos legisladores reformistas continentais, que rejeitaram a implementação de um Processo Penal de índole unicamente acusatória, preferindo inserir seus caracteres em uma segunda fase, apenas para suavizar os efeitos funestos do inquisitório corrompido pela prática judiciária. Explica-se esta atitude dos legisladores pelo temor de limitar excessivamente a persecução penal e, conseqüentemente, o direito de punir do Estado, porque haveria uma maximização dos direitos individuais de liberdade do acusado.

O *jus puniendi*, monopolizado pelo Estado, encontra nos direitos individuais de liberdade severos limites a sua atuação, quadro que por si não deduz o alijamento da persecução penal, mas, certamente, sua restrição a um campo determinado, no qual seu papel repressivo pode ser cumprido com autoridade. Como visto, o Processo acusatório tem como pressuposto primeiro o intenso labor de uma defesa instrumentalizada, na posse de meios para interferir ativamente na produção de provas e de argumentos, com poder de influenciar decisivamente na sentença. Desse alicerce defluem todos os demais, como a publicidade, a oralidade e o contraditório dos atos processuais, entre outros conteúdos que pretendam preencher as formas processuais de substância¹²¹ que protejam o indivíduo do excesso punitivo, evitando medidas coercitivas desproporcionais. Se um dos significados da presunção de inocência, lapidado pela história jurídica e política no ocidente moderno, é o de remontar a um fundamento de Processo Penal, indicando que este está centralizado na

¹²¹ O Processo constitui-se de procedimentos encadeados organicamente com a finalidade de alcançar uma verdade, bem certa que processual, pois produzida pelo artificialismo jurídico, mas que encerra em si o gérmen de legitimidade da atividade jurisdicional. Mesmo admitindo que o processo esteja estruturado sobre formas, estas apontam para um conteúdo ético e político, dado a intrínseca ligação do processo às normas superiores, marcadamente as Constitucionais, onde as opções políticas de um Estado estão expostas. Em momento oportuno estas distinções poderão ser melhor desenlaçadas. Todavia, cumpre salientar neste momento, que o processo não é um conjunto de formas vazias, mas de atos sucessivos e coerentes entre si, que revelam sua instrumentalidade e sua obediência a uma gama de valores que tem a função de orientação e de tentar o equilíbrio entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. Cf. CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960. p.32. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Libertades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 16.

proteção do indivíduo e não da sociedade, perfazendo um modelo processual, sem dúvidas este modelo aponta para o acusatório.

A presunção de inocência ao ser adotada como viga mestre de uma determinada estrutura processual, indica a opção política do legislador que elegeu a proteção dos direitos individuais de liberdade como conteúdo orientador das formas processuais. Os atos do Processo guardarão entre si a coerência e a submissão ao postulado maior que é o indivíduo, limitando a persecução penal e a correlata autoridade punitiva do Estado para atuar em circunstâncias em que tais direitos estão resguardados. O modelo acusatório está em íntima relação com a presunção de inocência, enquanto postulado orientador dos fins do Processo Penal, pois ambos coincidem na opção pelo indivíduo acusado e a implementação de seus direitos individuais de liberdade, ou seja, determinam o Processo como meio de limitar o rigor repressivo do Estado. O inquisitório é um tipo de processo em que há a pesquisa unilateral da verdade, onde o indivíduo não é parte e sim um objeto de investigação e, como objeto, nem sempre é revestido de todos os direitos individuais de liberdade que lhe são pertinentes.

A presunção de inocência só pôde ser estabelecida como garantia contra o arbítrio punitivo depois que a Reforma punitiva extinguiu as penas extraordinárias e com os suplícios anteriores a sentença final condenatória, que eximiam a necessidade de um Processo findo para aferir a culpa e aplicar a pena. Esta Reforma representou a inauguração de uma nova concepção processual, inaugurando a edificação do **Processo Penal moderno**, que repousa em dois postulados principais: *nullum crimen nulla poena sine lege*, que pode ser expresso como o princípio da estrita legalidade e *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, que eleva esta disciplina como caminho obrigatório entre o crime e a pena. Estes dois pilares capitais fundaram a moderna concepção de Processo Penal, enraizados no Estado de Direito¹²² e na idéia de separação dos poderes.

¹²² À guisa de concentrar informações, expõe-se as palavras a seguir, pois é difícil estabelecer em linhas gerais um conceito tão complexo e entendido de diversas formas quanto o Estado de Direito. Contudo, é possível afirmar que um caminho para sua mínima compreensão é perceber que o mesmo repousa sobre três dimensões fundamentais: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais. A primeira diz respeito as relações entre os indivíduos e o Estado e entre os próprios indivíduos, que são reguladas pelo direito, aqui considerado em vértices: materialmente, procedimentalmente e formalmente. Por outro lado, o Estado de Direito é ordenado através de uma Constituição jurídica, que é dotada de supremacia e força normativa, vinculando todos os poderes públicos em medida e forma, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário. A terceira dimensão é a inserção do componente humano, do necessário respeito

O princípio da estrita legalidade representa uma das principais conquistas do indivíduo contra o poder de Estado, marcadamente no que tange ao campo penal, pois é o mais sério limite a sua atividade punitiva. Este princípio, que regula a seara punitiva, assevera que somente a lei* poderá definir os crimes e fixar as penas a eles correspondentes ao lado da designação do Processo competente, no qual desdobrar-se-á os atos da defesa e da acusação, concernentes à deliberação do caso.¹²³ Aliado à separação de poderes, a estrita legalidade dispõe que a função de elaborar leis penais é de um órgão diferente do qual se destina à aplicá-las, julgando os indivíduos acusados de cometer um crime. Dessa maneira, o legislador pensa, discute e define os comandos legais que o juiz aplicará para solucionar o caso concreto e, disso deduz-se que a estrita legalidade em conjunto com a separação de poderes constituem dois importantes pontos do Processo Penal moderno.

O segundo postulado, *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, estabelece que a pena não se restringe a uma mera consequência do delito, mas, efetivamente, como um efeito do Processo. Explica-se que a pena, principal consequência jurídica do crime, somente tem existência depois de consumado o Processo Penal, previsto pelas leis do Estado, pois somente depois do Processo é que a pena pode ser aplicada. Conclui-se portanto, que o Processo Penal nasce da urgência em se impor uma pena e não como resultado do delito, de onde é possível afirmar que a pena possui dois pressupostos básicos: primeiro o crime e depois o Processo. Não há pena sem crime e não há pena sem Processo. Se o caminho indispensável entre o crime e a pena é o Processo Penal, este tem um caráter eminentemente *instrumental*,¹²⁴ o que revela também que estas três instituições jurídicas estão intimamente relacionadas.

Cumprido neste instante esclarecer alguns aspectos concernentes às ilações entre a culpa e a pena nos limites do Processo Penal moderno, dada a sua capital importância para o

do Estado pelo indivíduo e por seus direitos fundamentais. CANOTILHO, Joaquim J. Gomes. Op. cit. p. 357 et seq. Sobre este último elemento, serão acrescentadas explicações mais detalhadas no tópico a seguir.

* Comando normativo expedido pelo Estado com as qualidades de abstração e generalidade.

¹²³ Os efeitos do princípio da legalidade no Processo Penal são de extrema importância, visto que o mesmo atua sobre três instâncias principais: nas fontes do Processo Penal, na organização judiciária penal e no processo em si. Veja-se os aspectos do Processo em cotejo com o princípio da legalidade: "Quanto ao processo, as normas devem estabelecer a presunção de inocência, a proibição de provas que atentem contra a dignidade humana, a ampla defesa, a exigência de mandado judicial para a prisão e prisão provisória restrita, publicidade das audiências." CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 20 e 21.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25 e 26.

entendimento da atuação da presunção de inocência. Basicamente, há três teorias que procuram fundamentar a existência e a legitimidade da pena, como manifestação máxima do poder punitivo estatal: a retributiva, a da prevenção especial e a da prevenção geral. Exposto de forma simples, a primeira crê que a pena é a retribuição do Estado contra o indivíduo que praticou uma conduta classificada como crime, pois o crime é um mal cometido contra a sociedade, que deve ser retribuído outro mal, de comparável monta. A pena é reconhecida como um castigo contra o criminoso. Diversamente, a prevenção especial justifica a pena como forma de impedir que o delinquente pratique novos delitos, usando para isso, por exemplo, a ressocialização. Por fim, a prevenção geral acredita que a pena deve ser aplicada com rigor, já que seu objetivo primeiro é intimidar todas as pessoas de uma determinada sociedade, que não cometerão crimes devido à influência recebida pelas punições exemplares.¹²⁵ Cada qual destas teorias contém pontos positivos e negativos, fato é que nenhuma delas explica convincentemente qual o fundamento da pena, contudo, esta crítica e a resposta a esta questão não são objetivos desta pesquisa.

Todavia, sublinha-se que, atualmente, há uma forte tendência dominante em se entender o fenômeno da pena como uma proposta unificadora das três teorias, que através da adição, reúne aspectos isolados de cada uma delas. Assim, tais partidários tem afirmado que a pena possui caráter de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Certamente, não é a adição de características que vai resultar em uma explicação adequada para justificar a aplicação da pena, que se consubstancia como uma danosa restrição de direitos individuais. Importa perceber que cada ordenamento jurídico adota uma ou mais dessas teorias para orientar a aplicação da pena, de acordo com a função declaradamente pretendida para a mesma dentro do aparato punitivo estabelecido, mas, em todos estes, é notável que a culpa ocupa uma posição de destaque ao lado da pena.

Com efeito, depois de visualizar nos itens precedentes todo o desdobrar histórico do papel da culpa¹²⁶ na conquista do direito de liberdade do indivíduo, salienta-se que a mesma

¹²⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo, et al. Lisboa: Vega, 1986. p. 16, 20 e 23.

¹²⁶ A concepção que vigora sobre a culpa repousa sobre o fundamento de que o ser humano é dotado de livre-arbítrio e de capacidade de distinção moral e que, por isso, possui responsabilidade pessoal sobre seus atos. O Estado é formado por cidadãos livres, que possuem uma ordem de direitos e deveres perante o próprio Estado e perante os outros indivíduos. O funcionamento e a manutenção dessa pretendida ordem social deve ser salvaguardada de condutas estipuladas como lesivas e perturbadoras, as quais se incluem na categoria de crime, que devem ser punidas de acordo com a culpa do agente. Cf. *Ibid.*, p. 37. Segundo o entendimento cimentado pela doutrina dominante, esta responsabilidade é pessoal, restrita ao

é o meio apto para proteger o indivíduo do abuso do poder punitivo estatal. Explica-se. A maior vitória para o indivíduo na afirmação dos direitos individuais e na formulação do Processo Penal moderno, foi a obrigatoriedade imposta ao *jus puniendi* de primeiro demonstrar a culpa, para depois aplicar a pena. A culpa não é, em si, o fundamento do *jus puniendi* estatal, mas serve como limites para sua desenfreada atuação,* isto porque a pena, manifestação do *jus puniendi*, só pode ser imposta depois que a culpa for verificada com provas indubitáveis, demonstradas na sentença final condenatória, de modo que a culpa serve de medida para a pena, para que esta não deve exceder os limites daquela.¹²⁷

O produto lógico do Processo é a sentença final, onde é esclarecida a culpa do acusado, devendo a decisão indicar sua inocência ou culpabilidade, já que ao juiz é vedado o *non liquet*.¹²⁸ As provas e os argumentos apresentados para o julgador durante o Processo, acordadas com as normas legais, produzirão naquele o convencimento sobre sua decisão, que se motivará nos elementos processuais. Por essa razão, a culpa do acusado deve ser amplamente demonstrada no curso processual para alicerçar uma condenação, a ponto de não permitir que nenhuma dúvida paire sobre o desfecho da sentença. Assinale-se por isso, que o Processo Penal é um instrumento jurídico, composto de normas emitidas pelo órgão legislativo, que estabelece um método ou uma fórmula competente para conduzir à prova judicial da culpa e autorizar a posterior aplicação da pena, testificando o postulado *nullum poena nulla culpa sine judicio*, o que, ao mesmo tempo, demonstra o avizinhamiento entre juízo, culpa e pena.

Visto o modelo de Processo Penal requerido pela presunção de inocência e sua ligação com a vertente moderna do Processo, dentro do Estado de Direito, percebe-se que não é em qualquer estrutura processual que a presunção de inocência encontra meios para se

fato e se funda na possibilidade de conhecimento do injusto típico e na exigibilidade de conduta diversa, esta fundada na imputabilidade penal. Nesse sentido, explica-se que o crime é concebido modernamente como a prática de uma conduta típica, ilícita e culpável, de onde se retira dois sentidos para a culpa: em sentido *lato* e *stricto*. No primeiro respeita a intenção do indivíduo na prática do injusto típico e, em sentido *stricto*, responde aos quesitos de culpabilidade: se o indivíduo tinha condições de entender o caráter delituoso da sua conduta, de acordo com sua idade e condição mental, se não agiu movido por erro, etc.

* Detalhadamente, tal lógica funciona da seguinte forma: não é porque o indivíduo tem culpa, que o Estado tem o direito de punir, mas inversamente, é porque este direito de punir existe e investe contra o indivíduo é que deve ser limitado, para não punir além da culpa individual, que deve ser sobejamente demonstrada. A culpa é o limite ao *jus puniendi*.

¹²⁷ Ibid., p.37.

¹²⁸ CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 34. O autor afirma que os médicos, mesmo depois de várias reuniões e discussões, podem admitir que não chegaram a um diagnóstico preciso sobre o caso do paciente,

estabelecer e produzir seus efeitos. Outras características podem ser incluídas como indispensáveis neste modelo em que a presunção de inocência é o fundamento maior e que serão melhor visualizadas nas linhas que seguem.

2.4 . Democracia, Constituição e Processo

Em alguns momentos deste estudo a exposição das circunstâncias históricas revelaram as estreitas conexões que vinculam o direito e a política, perceptível nas mútuas influências exercidas, num contínuo fluxo de causa e consequência. Nota-se que, normalmente, há uma harmonia entre o direito e a política, visualizada através da concordância quanto aos objetivos e aos meios aplicados para a atuação em sociedade. As instituições incumbidas de exercer a atividade punitiva do Estado,* são orientadas por forças políticas, de acordo com os próprios objetivos eleitos na *razão de Estado* em cada momento histórico. Com efeito, tais instituições são dirigidas por uma política criminal específica, que determina o grau repressivo das normas punitivas, sejam penais ou processuais. Recorde-se, todavia, que dentro de um Estado de Direito estas instituições operam dentro de limites expressos, regulados por normas jurídicas específicas, que ordenam seu âmbito de atuação. Visto desse modo, a principal função do direito é servir de *instrumento racional* do poder punitivo Estado, com o fito de resolver os conflitos que emergem da vida em comum.

As normas jurídicas no Estado de Direito derivam de um processo legislativo, que é estabelecido por normas superiores, acordadas a decisões políticas, capaz de resultar na regulação das demandas sociais. Portanto, a dinâmica do direito emerge de um processo que também é político e, desta correlação, surge a identidade entre as normas jurídicas e os principais postulados políticos vigentes em um determinado período. Nesse sentido, o direito é também um *instrumento político* de conformação da ordem vigente, pois absorve os influxos do meio político, vestindo sua orientações e imprimindo suas prioridades, notadamente nas relações estabelecidas juridicamente entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*.

todavia ao juiz isso não é facultado, pois o mesmo precisa chegar a uma certeza através do método judicial, sendo vedado o *non liquet*.

* Essas instituições atuam para cumprir os dispositivos legais punitivos e, comumente, incluem a Polícia, o Poder Judiciário, o Ministério Público e as instituições carcerárias, para o cumprimento da pena. Daí decorrem serem três estágios (investigação/repressão, julgamento e punição), realizados em instituições distintas, sendo que cada uma é especializada para desempenhar pontualmente sua tarefa punitiva, e, dessa maneira, coordenadamente, punir-se mais e melhor.

Partindo da aproximação entre Direito e Política, neste tópico suscitaram-se alguns aspectos do vínculo existente entre Democracia, Constituição e Processo, para a melhor compreensão da estrutura substancial do ordenamento jurídico e os reflexos na distinção de validade das normas jurídicas. Este nexos indissolúvel edifica as barreiras que servem como limites rígidos à atividade punitiva, restando as políticas criminais propostas pelo poder político de Governo, geralmente de índole circunstancial, que se destinam a suprir demandas conflitivas temporárias. Os resultados da conexão empreendida nas páginas seguintes, apontam para o objetivo de elucidar o papel da presunção de inocência no Direito, como postulado fundamental do Processo Penal, árbitro da relação entre o Estado e o indivíduo.

2.4.1. Direito e Democracia

A Democracia é o regime de governo sobre o qual mais se teorizou desde o século XIX, quando sua acepção moderna foi erigida pela teoria e pela prática nos países ocidentais. Modernamente, a Democracia, enquanto regime de Governo, tem raízes paralelas à própria formação do Estado Moderno, marcadamente na genialidade de Maquiavel, para o qual só haviam dois tipos de governo possíveis: “Todos os Estados existentes e que já existiram, são e foram repúblicas ou monarquias”.¹²⁹ Mesmo que a república maquiaveliana não se identifique inteiramente com a Democracia, devido à possibilidade de existirem repúblicas aristocráticas e democráticas, este entendimento foi digerido por diversos teóricos até chegar à Revolução Francesa, momento no qual a república foi sustentada como forma de governo oposta à monarquia, onde o poder não se concentra nas mãos de uma pessoa, mas difunde-se entre órgãos colegiados, criados para este fim. Nesta profusão de pensamentos, a Democracia identificada com a república, na máxima do Governo livre, encontrou muitos de seus caracteres essenciais, no reconhecimento de que é o governo de muitos, em oposição ao governo de um só.¹³⁰

Entretanto, a Democracia foi melhor idealizada como regime de Governo no pensamento de Rousseau,¹³¹ para o qual competia à vontade geral¹³² o poder de fazer leis, a

¹²⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1996. p. 12.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. v.1 p. 322.

¹³¹ O autor não acreditava na existência real de uma Democracia pura, já que “...um Governo tão perfeito não convém aos homens”, entretanto, o fato de proclamar a igualdade entre os homens como gênese do Estado legítimo, marcou o seu trabalho com a predominância da Democracia, pois vários aspectos remetem a elementos indispensáveis da mesma, talvez não na forma pura, mas à fundamentada na

par da igualdade e da preconizada liberdade. A Democracia encontrou alento na obra de Rousseau porque este sublinhou que todo o poder soberano deveria pertencer ao povo para ser legítimo, de modo que todo o Governo deveria ser “democrático”. No entender rousseauiano a Democracia atual mais se aproximaria da aristocracia, contudo, foi na necessidade de que um Governo reconhecesse a igualdade dos cidadãos perante à lei e a liberdade de todos, aqui entendida não só como a esfera de autonomia individual, como também a política, que Rousseau apresentou muitos princípios da democracia moderna.

A definição corrente de Democracia é a que a assevera como o governo do povo e para o povo, destinando a detenção do poder político de decisão nas mãos dos governados e não exclusivamente nas dos governantes. Visto por esse ângulo, hoje já não é apenas o *poder do povo* que se manifesta, mas o *poder do cidadão* que toma lugar na assembléia democrática,¹³³ imprimindo seus interesses nas decisões políticas. Esta substituição tem razão de ser, pois o vocábulo povo é demasiadamente vago e induz a erros e a apropriações, nem sempre adequados. Cidadão designa aquele que possui direitos reconhecidos pela ordem jurídica estatal, inclusive os de liberdade política e os que se destinam a preservar sua órbita de autonomia pessoal, assim como seus deveres perante o Estado e aos seus iguais.* Em última instância, Democracia significa também o poder de autodeterminação dos povos, espaço onde o cidadão tem voz ativa no comando das política públicas.

Em face disso, elaborou-se a forma representativa de Democracia, como solução para que o cidadão pudesse participar, ao menos indiretamente, das decisões que seriam tomadas em nome da coletividade. Ressalte-se que a idéia de representatividade¹³⁴ veio para

vontade geral. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 151.

¹³² Uma confusão conceitual pode, no mais das vezes, corromper o que Rousseau entendia como vontade geral. Esta não era uma simples soma aritmética das vontades de todos, mas o elemento comum de todas as vontades. Portanto, não era a vontade da maioria, mas uma vontade que levava em conta o bem de todos e os interesses das minorias. Ibid. p. 85.

¹³³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 37 e 38. “Democracia é o domínio do cidadão, não do povo, no sentido de Rousseau. (...) A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.” (p. 37).

* O conceito de cidadania não se resume a uma classe encerrada de direitos e obrigações, mas constitui-se como uma categoria aberta a novas inserções e aprimoramentos, conforme as conquistas dos direitos eleitos como essenciais à realização do cidadão no complexo mundo atual

¹³⁴ Novamente é a Revolução Francesa, aliada agora ao pacto entre os Estados federais que ensejou a Constituição americana no século XVIII, que firmam o marco da representação política, a partir de uma forte ruptura com as antigas práticas, inaugurando a sua moderna distinção. A representação antiga era atada a própria formação social da época medieval, onde a divisão em estamentos rígidos demonstravam a

conformar a realidade dos Estados compostos por um número grande de cidadãos, onde exercer a Democracia direta seria um feito praticamente impossível. Com este raciocínio, os representados podem delegar o poder de decisão aos seus representantes, seja sobre a elaboração de leis ou sobre a execução de políticas públicas, o que induz à farta preponderância principalmente nos poderes Legislativo e Executivo. Do exposto, retira-se dois elementos intrínsecos à Democracia, o poder de participação e a representatividade, certificando-se contudo que o primeiro não se reduz ao segundo, pois a participação do cidadão consoma-se também por outros canais que a própria democracia proporciona e não somente na delegação de parte do poder de decisão política.

Em meio as divergências que separam as doutrinas democráticas, há um ponto sobre o qual vigora certa concordância, por isso salutar para sua caracterização: a necessidade de que os representantes sejam escolhidos periodicamente, através do voto direto, secreto e universal.¹³⁵ Mesmo concordando que este é um elemento chave e, portanto, o primeiro a ser verificado para aferir se há ou não bases mínimas para a Democracia em um Estado, adverte-se, todavia, que isoladamente o mesmo não tem o condão de traduzi-la, consequência direta de sua amplitude e variabilidade.

Por outro lado, admite-se que a presença do voto periódico não é tão simples como a primeira vista pode sugerir, porque seu cumprimento pressupõe que várias instituições estejam devidamente estruturadas, de modo a assegurar que o jogo democrático possa ser conduzido. Estabelece-se neste instante o significado *formal* da Democracia, que repousa na construção de um conjunto de normas jurídicas que prescrevem um método ou procedimento eficaz para a constituição do Governo e para a formação das decisões políticas.¹³⁶ O primeiro item inclui as eleições livres e periódicas e o segundo, por seu turno, regulamenta um procedimento composto de etapas fixas, que devem ser superadas para que a decisão firmada por estes representantes seja válida, independente se foi produzida no Executivo no

conformação social. Um representante dos nobres pertencia obrigatoriamente a este estamento e defendia apenas os interesses que protegessem seus iguais. A representação política moderna quebrou este jugo e sob as asas do ideal igualitário a representação política conheceu novas nuances, movida no fato de que os representantes deveriam agir em nome da coletividade, em vistas ao bem comum e não mais restritamente, defendendo seus interesses de classe. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 126. O mesmo autor observa que a Constituição Francesa de 1791 afirmou expressamente que o poder só poderia ser exercido por delegação, inserindo a representatividade do coletivo através da artificialidade burguesa.

¹³⁵ MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*. Bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995. p. 33.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Op. cit. v.1. p. 326.

Legislativo. Porém, a Democracia não se reduz a uma faceta formal, mas também se concretiza através de regras substanciais, ditas de fundo.

Como os teóricos Ilustrados já preconizavam, a Democracia pressupõe indivíduos livres e iguais, dotados de instrumentos hábeis para lutar por seus interesses e assim, verem realizadas suas aspirações. Um indivíduo subjugado pelo poder de Estado, destituído de direitos, discriminado pela sociedade desigual, não pode ser chamado de cidadão e não possui meios para formar sua opinião e muito menos para pleitear seus direitos. Onde não há liberdade, não há Democracia, pois esta é exercida por cidadãos que participam e influenciam o poder decisório do Estado. A expressão fiel das regras de fundo que compõem a Democracia, que especificam o conteúdo da liberdade, da igualdade e da autonomia, estão contidos sob a insígnia dos direitos humanos, categoria histórica e aberta que compõe os direitos fundamentais.¹³⁷

Os direitos humanos conheceram um longo desdobrar histórico, gigante para estas páginas, mas que revelam que sua criação não é obra de um Governo ou inspiração de um homem, mas é fruto genuíno de uma luta secular enfrentada pelo homem para conquistar sua emancipação. Estes direitos formaram-se em uma sucessão histórica: primeiro, os direitos de liberdade que limitam a esfera de atuação estatal contra o indivíduo; logo depois, os direitos políticos, que concederam autonomia para que o indivíduo participasse ativamente do poder político e, por último, os direitos sociais que abarcam prerrogativas frente ao Estado, principalmente no que diz respeito a satisfação da igualdade material.¹³⁸ Convém salientar que a divisão por gerações não induz a uma hierarquia entre os direitos humanos e, muito menos a uma estagnação final, conquanto a mesma reforça a visão de que esses direitos são heterogêneos, distintos e abertos a transformações, mutação que ocorre continuamente na complexidade social presenciada no final deste milênio.

¹³⁷ Apenas para cumprir com objetivos metodológicos, adotou-se nesta pesquisa a distinção entre os direitos humanos e os fundamentais, que segundo Comparato é empregada pela doutrina germânica. Os primeiros constituem uma categoria comum, universal e integral, elaborada historicamente através do primado cristão da dignidade humana, que está em permanente construção, adaptando-se às necessidades humanas. Já os direitos fundamentais são: "...os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais." COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 46.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32 e 33.

Apesar da aparente indeterminação temporal, os direitos humanos possuem marcos históricos, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, a DDHC, resultante da Revolução Francesa e, mais recentemente, a DUDH, de 1948, o Pacto Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966, acrescentados a outros tratados mais atuais e específicos em cada matéria, que visam o aprofundamento da questão. Estes documentos contêm uma impressionante força histórica e política, mas retratam apenas uma etapa das diversas que estes direitos percorreram, ou seja, a etapa da positivação, principalmente no que tange a inserção de tais direitos nas Constituições dos Estados. Igualmente importante é a fase que se busca vencer hoje, o respeito e a concretização dos direitos fundamentais no interior dos Estados e também em nível supranacional, dentro dos mercados comuns, de modo a conter a arbitrariedade dos Governos locais. A mera enunciação dos direitos fundamentais, seja no ato de aderir a pactos internacionais ou na inserção constitucional, não basta para que os mesmos tenham efetivação, apesar da incontestável importância deste ato para seu reconhecimento político e jurídico.

A urgência do aperfeiçoamento dos direitos fundamentais chama a atenção para a contribuição da Democracia, única que concede os requisitos mínimos para a realização da cidadania e para a difusão de novos direitos.¹³⁹ Por outro lado, a Democracia precisa desses conteúdos, sem os quais se reduz a mera forma vazia, destituída de sentido e de valor, impossibilitada de alçar seus objetivos, como o da participação popular. Há uma troca mútua de influências entre os direitos fundamentais e a Democracia, de modo que ambos estão intimamente relacionados. Portanto, a Democracia agrega também um significado **material**, que aponta diretamente para a realização do conteúdo dos direitos fundamentais, ao menos em um grau mínimo de efetividade, sem os quais não há possibilidades de sua concretização.

As duas dimensões da Democracia fornecem elementos convincentes para a compreensão de seu alcance e de suas qualidades, principalmente no que tange a supremacia dos direitos individuais, para o reconhecimento do valor do indivíduo como cidadão, perante a coletividade e o Estado. De outra banda, é inegável que o conjunto das normas que afetam a Democracia, seja substancial ou procedimental, estabelece uma dinâmica política ao

¹³⁹“Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornaram cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais...” BOBBIO, Norberto. *A era...* p. 01. Cf. PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p. 27.

Estado de Direito, vinculando sua organização e objetivos essenciais. Dada a suma importância das normas jurídicas que compõem a Democracia, dentro de sua dupla direção, optou-se por sua juridicização em documentos políticos, como as Constituições, creditadas como a forma mais adequada para que elas sejam asseguradas e com elas toda a sorte do regime democrático.

Com base nisso, estabelece-se aqui um vínculo entre Direito e Democracia, fundado no envolvimento dos instrumentais do Direito como garantes do processo democrático, como a disponibilidade dos meios de coerção e de controle jurisdicional, executado pelas supremas Cortes de Justiça. Um mecanismo jurídico de ordem superior coloca-se como árbitro dos interesses políticos circunstanciais, como mantenedor do jogo democrático, pois pode ser provocado sempre que houver desprezo às regras procedimentais ou mesmo de fundo, para conferir realidade aos preceitos democráticos.

O mecanismo técnico adotado nas Constituições para conceder perenidade às normas de direitos fundamentais e às normas estruturais do Estado de Direito, como as que se dirigem ao cumprimento da Democracia, consistiu em encerrá-las sob a denominação de cláusulas pétreas ou super-constitucionais. As normas protegidas pelo mecanismo das cláusulas pétreas não podem ser abolidas por emenda constitucional.* Isto significa que o conteúdo dessas normas é primordial para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito e, por isso, tais normas não podem ser excluídas do ordenamento jurídico superior, entretanto é facultada sua ampliação, sua adequação aos reclames da realidade e especificação jurídica.¹⁴⁰

Em determinado ponto o estatuto das cláusulas pétreas *aparentemente* colide com a dimensão procedimental da Democracia. Explica-se que entre as regras procedimentais da Democracia a majoritária é a principal, também conhecida como regra da maioria, através da qual a superioridade numérica dos membros de um colégio legislativo,** que expressam o consentimento em aprovar determinada norma, configura-se como o requisito fundamental

* Também não são aceitas as emendas constitucionais tendentes a abolirem o conteúdo das cláusulas pétreas.

¹⁴⁰ VIERA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. In: *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 55-97.1997. p. 89.

** Dentro da regra da maioria é possível identificar dois tipos: a simples e a qualificada. A primeira se perfaz através da soma aritmética da metade mais um entre todos os que emitiram a sua opinião, já a segunda pode exigir que a aprovação conte com o voto de até 2/3 do total dos componentes da casa legislativa.

para que estas sejam reputadas como válidas. A identidade entre Democracia e regra da maioria é tamanha a ponto de estimular a sustentação do senso comum dos cidadãos em volta desse reducionismo. O apego à regra majoritária como significado maior da Democracia deriva da crença generalizada de que o procedimento por ela prescrito reveste as decisões de maior legitimidade. Todavia, a Democracia corre um sério risco em submeter o conteúdo de todas as decisões à regra da maioria, pois, sendo assim, a maioria poderia modificar ou abolir as próprias regras do procedimento democrático.*

Foi justamente fundada nesse temor, que a técnica mais especializada de elaboração de Constituições cuidou de elevar as normas jurídicas, formais e substanciais, que expressam a Democracia, à classe das cláusulas pétreas, a par dos diversos direitos fundamentais, para que estes conteúdos fossem retirados da órbita de disposição da maioria, a qual poderia, inclusive, ser instigada por paixões circunstanciais e insanas, como as que tomam força através dos meios de comunicação de massa.¹⁴¹ Visto por esse ângulo, Democracia e Constituição podem apresentar uma contraposição, em face da primeira privilegiar a autonomia das decisões tomadas através de seus procedimentos, e a segunda pressupor a proteção dos direitos nela elencados, prevendo para alguns a imunidade contra alvitre decisório da maioria legislativa, estipulada pelo procedimento democrático.¹⁴² Mesmo porque os Tribunais Superiores que são incumbidos da nobre tarefa de proteger as cláusulas constitucionais das decisões tomadas pelo órgão legiferante, inclusive as que dizem respeito ao procedimento democrático, não se orientam pela regra da maioria, ou seja, não estão comprometidos em agradar as maiorias e sim em cumprir o disposto na Constituição.**

* Os adeptos das teorias procedimentais ou majoritárias apregoam a supremacia desta regra, crendo na sua suficiência para alterar todas as normas jurídicas inscritas na Constituição, com exceção das que dizem respeito ao próprio procedimento democrático.

¹⁴¹ Nem sempre os meios de comunicação contribuem negativamente para as decisões políticas de cunho legislativo, porque em uma sociedade democrática o papel dos mesmos é de suma importância para a formação da opinião pública, para o controle das instituições políticas e para a implementação sadia do direito de liberdade de expressão. Infelizmente, nem sempre esses meios são canalizados para o aperfeiçoamento da democracia e para a realização do bem-comum da sociedade, seja quando disseminam prejudiciais sensos-comuns, seja quando ocultam interesses corporativos e privados sob o poderoso manto da "opinião pública". A importância do consenso e a luta para formá-lo é um dos cerne desta intrincada relação entre Democracia e mídia. É complexo o papel da mídia na sociedade atual, onde a pluralidade de interesses digladiam-se no desejo de fazer valer suas prioridades, irradiando-se nos meios de comunicação de massa para conseguir respaldo. Sobre o papel da mídia no cenário de representação política e na democracia consulte-se LIMA, Venício A. Os mídia e o cenário de representação da política. In: *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.38, p. 239-271, 1996.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 456.

** É claro que para cumprir fielmente com sua designação, as Cortes Supremas levam em conta não apenas o dispositivo legal, mas também as questões políticas.

Todavia, esta contraposição é mais aparente do que real e isto por dois aspectos principais: primeiro porque Democracia não se resume a regra da maioria, mas exhibe também uma faceta material, composta por direitos fundamentais que se dirigem a proteção e emancipação do indivíduo; e segundo, porque como foi exposto, se a regra da maioria pudesse a tudo submeter, nem mesmo a Democracia estaria salva de sua arbitrariedade, de seus ilimitados poderes. Nesse raciocínio, veja-se os argumentos de Vieira, aqui transcritos: “Assim, o papel das cláusulas super-constitucionais não é o de dar proteção absoluta a todos os direitos que foram colocados numa Constituição, mas aqueles princípios básicos que assegurem uma condição minimamente ideal para que os indivíduos possam deliberar de forma livre e igual a respeito dos direitos e formas pela qual querem ser governados.”¹⁴³

Além do mais, há um terceiro aspecto que vale ser lembrado: a regra da maioria não pode esmagar e oprimir as opiniões vencidas por serem minoritárias, pois a Democracia pressupõe o *respeito às minorias*. Se através da regra da maioria validou-se uma decisão que retirou das minorias o poder de se tornar maioria em um futuro próximo, seja porque diminuiu suas condições de participação, ou porque as discriminou enquanto cidadãos, minorando sua esfera de direitos fundamentais, esta decisão afeta a própria essência material da Democracia. Afinal: “O princípio maioritário não exclui, antes respeita, o ‘pensar de outra maneira’, o ‘pensar alternativo’. Noutros termos: o princípio maioritário assenta politicamente num ‘relativismo pragmático’ e não num ‘fundamentalismo de maiorias’.”¹⁴⁴ O mesmo autor afirma que a Constituição impõe-se como limite formal e material à regra da maioria, solução mais adequada do que crer que exista uma contraposição entre Constituição e Democracia.¹⁴⁵

1.4.2. Constituição e Processo

No item anterior, observou-se que os postulados políticos democráticos atuam na base de formação de um governo e no procedimento de tomada de decisões, motivos que explicam a inserção dos mesmos em documentos políticos como as Constituições. Entrementes, neste instante, faz necessário esclarecer melhor outras nuances dessa combinação entre Direito e Política, no que tange a confluência entre Constituição, Democracia e Processo. Mais especificadamente, expor as qualidades do significado de

¹⁴³ VIERA, Oscar Vilhena. Op. cit. p. 82.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 457.

¹⁴⁵ Id.

Constituição e ressaltar seu enlace com o Processo Penal e, por consequência, com a Democracia, confirma-se como o objetivo das próximas linhas. Obviamente, a relação que envolve Democracia, Constituição e Processo envolve muitos aspectos, dos quais apenas alguns serão destacados, merecidamente os que explicam o fundamento essencial da presunção de inocência, sem o qual a mesma estaria fadada a se constituir em uma fórmula vazia.

O significado de Constituição tem suas mais recentes origens no movimento constitucional do século XVIII, ancorado nas experiências da Revolução Francesa e americana,* que concederam novo impulso à forma de organização estatal por meio de uma Constituição. Durante o século XIX, este movimento inaugurou o *conceito ideal de Constituição*, classificada como o documento que deveria conter três requisitos essenciais: um conjunto de garantias de liberdade, que incluíssem direitos individuais e políticos, suficientes para permitir a participação política do cidadão no poder parlamentar; o princípio da divisão de poderes, como método de controle mútuo dos poderes de Estado, o que os limitaria e impediria os abusos; a exigência de que as Constituições fossem reduzidas à forma escrita.¹⁴⁶ O Estado que estivesse organizado por meio de uma Constituição, nesses termos, seria considerado um Estado Constitucional.

Segundo Canotilho,¹⁴⁷ a expressão Estado Constitucional agrega as diversas fases lógicas que os Estados Constitucionais modernos atravessaram, assumindo a faceta de Estados: de legalidade formal, de direito material, de justiça, constitucional com divisão de poderes e constitucional parlamentar. Essas etapas, por serem lógicas, não guardam uma simultaneidade histórica, mas juntas perfazem os estandartes do *constitucionalismo* e são indicadoras do significado de Constituição e de Estado Constitucional. Diante desses aspectos, Constituição pode ser entendida como: "... uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os

* O movimento constitucional nos Estados Unidos da América (EUA) é marcado por três datas de salutar importância, que devem ser compreendidas. A Constituição americana foi aprovada em 1787, data da Convenção Continental, todavia sua vigência só ocorreu em 1788, ano em que houve o número adequado de ratificações à Constituição pelos Estados federados. Como esta primeira Constituição só estipulava as normas referentes à organização do Estado, em 1791 acrescentou-se a parte referente à Declaração de Direitos, perfazendo o total da Constituição.

¹⁴⁶ Ibid. p. 62-63.

¹⁴⁷ Ibid., p.63-64.

direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político.”¹⁴⁸

No conteúdo de Constituição insere-se sua função garantidora dos direitos fundamentais e a necessidade de acatar o princípio da separação dos poderes, de forma a prever o mútuo controle entre os poderes de Estado como princípio de organização política. Mesmo diante dessa definição teórica e válida para o entendimento da Constituição, os paradoxos que a realidade da vida constitucional apresenta conduzem a reflexão de que há forças políticas dominantes, sejam de caráter cultural, econômico ou social que influenciam decisivamente para a conformação do conteúdo da Constituição de um país. Entre a monumental obra escrita, onde os assuntos mais elementares estão encerrados sob a forma de normas jurídicas, e estas forças determinantes da realidade constitucional, há, no mais das vezes, um profundo hiato que separam a teoria do papel e a prática da Constituição real.¹⁴⁹ Isto, sem dúvida, remete ao eminente caráter político do conteúdo de uma Constituição jurídica, que pretende regular e conformar a vida em sociedade, em contraste aberto com a Constituição real que demonstra seu poder de força, para determinar a efetividade das normas jurídicas.

Tal separação é percebida com muita clareza na seara processual penal, onde os princípios constitucionais engendram uma rede de garantias para o acusado, para protegê-lo dos excessos da persecução penal, enquanto a mídia, por vezes, apresentando um quadro ameaçador de violência,¹⁵⁰ arrebanha a opinião pública e lidera movimentos de “lei e de ordem”. Estes pleiteiam um maior rigor repressivo na definição de crimes e de penas, assim como modificações nas normas processuais relativas à prisão e liberdade,¹⁵¹ no que, em geral, expressam sua cariz autoritária, que relembram a bandeira sustentada pela Escola Positiva italiana de defesa da sociedade contra o indivíduo criminoso. Por outro lado, estes

¹⁴⁸ Ibid., p. 12.

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p.09.

¹⁵⁰ “O preço do processo e o respeito ao acusado são esquecidos quando o que interessa é o alarde da mídia, o apelo isolador das classes desinformadas ou, por outro lado, egoístas, e a vingança institucionalizada.”(p. 98). MEDEIROS, Osmar Fernando. **O (in)devido processo penal frente a Constituição de 1988**. Florianópolis: 1999. Dissertação (Mestrado em direito público) – Curso de Pós Graduação em Direito - Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal de Santa Catarina.

¹⁵¹ PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 48. O autor evidencia que estes movimentos carregam uma forte carga simbólica, pois: “... não decorrem do convencimento empiricamente determinado dos legisladores, sobre a eficácia do tratamento penal e processual mais rigoroso que postula, e sim da necessidade política de produzir confiança no sistema jurídico-político...”

ocorridos também reforçam a necessidade de que as normas relativas aos direitos fundamentais e que se relacionam com o Processo Penal, como a presunção de inocência, a ampla defesa e as garantias de liberdade física, como o habeas corpus, estejam separadas em cláusulas pétreas, asseguradas do poder nem sempre construtivo da maioria.¹⁵²

Dessa forma, mesmo afirmando o contraste entre a Constituição jurídica e a Constituição real, onde há uma nítida pressão das forças políticas para afetar a eficácia constitucional, percebe-se que, como acentuou Hesse,¹⁵³ não há entre as mesmas uma relação de subordinação ou sucumbência, mas de *coordenação*, onde a pretensão de eficácia e a própria força normativa da Constituição determina e é determinada pelas forças políticas. O mesmo autor reconhece que para atenuar o fosso entre a Constituição jurídica e a real é imprescindível a contribuição da consciência geral dos cidadãos, que devem assumir a *vontade de Constituição* e não somente a *vontade de poder*.¹⁵⁴ Esta deve atuar em todos os cidadãos, em especial no decorrer da elaboração legislativa no Parlamento e na atividade jurisdicional das Cortes Supremas.

O papel das Cortes Supremas é de extrema importância para que o jurídico esteja em coordenação com o real, pois cabe as mesmas a tarefa de interpretar e aplicar a norma constitucional em sintonia com a realidade social, econômica, política e principalmente cultural. A atividade jurisdicional pode ser acionada sempre que houver suspeita fundada de que a Constituição foi violada, seja por um ato do poder público, por uma lei ordinária, de *status* inferior à norma constitucional, ou por ato privado, para restabelecer a ordem constitucional. As maiores dissonâncias entre o jurídico e o real ocorrem por conta de interpretações constitucionais que desprezam os elementos extra normativos, dando ênfase exclusiva aos fatores jurídicos e não viabilizando os possíveis caminhos mais coerentes que sua interpretação pode proporcionar de acordo com as condições sociais.

¹⁵² “Um código de processo penal que não enraíze racional, política e juridicamente nas disposições de uma Constituição que ‘reconhece e garante os direitos invioláveis do homem’, (...) fica exposto a todas as possibilidades de reforma, ao ritmo das sucessões das posições de **maiorias políticos-parlamentares ocasionais**, [sem grifo no original] com todo o cortejo de agressões aos interesses públicos e à liberdade pessoal. A Constituição é, assim, uma garantia e um limite intocável para além das hipóteses de sua própria revisão.” BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 250.

¹⁵³ HESSE, Konrad. Op. cit. p. 15.

¹⁵⁴ Ibid., p.19. Hesse afirma que para que a vontade de Constituição domine, é preciso que os cidadãos estejam conscientes de três fatores: primeiro sobre a necessidade e o valor da ordem normativa, como forma de proteger o Estado contra os excessos arbitrários; segundo, que a ordem constitucional não retira sua legitimidade somente dos fatos e, por isso, o processo de legitimidade deve ser contínuo; por último, que a vontade humana é um componente essencial para que a norma constitucional torne-se eficaz.

Mesmo que a discussão sobre os métodos de interpretação constitucional não seja o enfoque central nesta pesquisa, sublinha-se que uma interpretação construtiva deve ponderar também sobre o cenário desenhado por essas forças políticas, sob pena de causar um profundo anacronismo entre o jurídico e o real. Justamente por causa deste reconhecimento, admite-se que o processo de interpretação da Constituição deve ser aberto, do qual participem “... todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado ‘*numerus clausus*’ de intérpretes da Constituição.”¹⁵⁵ Um Estado Constitucional de Direito afinado aos postulados democráticos deve transferi-los para o processo de interpretação de sua Constituição, que, por consequência, torna-se aberto, meio pelo qual todo o grupo social e as instituições públicas governamentais podem participar.

Tal perspectiva torna-se irrealizável caso não haja a implementação de uma cidadania ampla, já que a atitude interpretativa é compatível como um indivíduo consciente de sua responsabilidade de intérprete da norma constitucional, que a ele também afeta. Todos os que vivem sob a realidade da norma constitucional são direta ou indiretamente seus intérpretes, pois este trabalho não é um monopólio exclusivo dos operadores jurídicos e muito menos dos órgãos estatais.¹⁵⁶ Exemplo disso é dado para o cidadão que ocupa a posição de réu em um Processo Penal, que também é um intérprete constitucional, ou seja, a ele é também dado o direito de contribuir para o entendimento sobre as normas constitucionais que o regem, quando se manifesta em juízo. A interpretação da Constituição não pode desprezar a concretude dos indivíduos que são destinatários diretos ou indiretos da norma. Mais uma vez, Constituição e Democracia se encontram no mesmo palco, no reconhecimento de que a última: “... se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da prática cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 13.

¹⁵⁶ Ibid., p. 15.

¹⁵⁷ Ibid., p. 36. Este ponto vem corroborar que Democracia não se realiza somente sob um plano formal, como mera participação nos pleitos livres e periódicos, mas se consoma também sob a forma substancial, por vezes muito mais presente e atuante na sociedade, porque cotidiana, na implementação dos direitos fundamentais, que possibilitam que o indivíduo-cidadão participe da sociedade democraticamente, até por meio da interpretação da Constituição, processo livre e aberto a todos.

Certo é, todavia, que a última palavra sobre a interpretação dos preceitos constitucionais é dada pelos tribunais superiores e esta é acompanhada dos meios coercitivos do Estado, o que lhe concede um poder vinculativo incomparável à interpretação dos atores sociais. Portanto, a jurisprudência se mostra como a fonte mais autorizada de conhecimento sobre o conteúdo das normas constitucionais em confronto com os casos reais, pois ela espelha a busca de concordância entre o jurídico e o real, traspassando para outros âmbitos seu entendimento sobre o alcance da Constituição. Por mais que todos participem do processo de interpretação constitucional e que esta seja uma forma sadia de atuar democraticamente, cabe aos Tribunais, ou à atividade jurisdicional, fornecer a interpretação vinculativa juridicamente acerca do conteúdo das normas constitucionais. Mesmo porque toda a produção legislativa, por hora, está submetida à análise dos tribunais superiores, devido ao fato de que uma norma emitida pelo Poder Legislativo competente poderá ser considerada inválida se não cumprir com o disposto na Constituição, tanto formal, como materialmente.

O Estado Constitucional de Direito se caracteriza como aquele em que a Constituição representa o degrau mais elevado dentro da ordem jurídica interna, vinculando as demais normas, inferiores a sua classe não apenas formalmente, como também substancialmente. Isto significa que uma norma ordinária válida não engloba apenas a obediência ao processo formal de elaboração, que prescreve competências, procedimentos e matérias, mas, de uma maneira ampla, diz respeito também ao conteúdo de disposição da lei. Para verificar se uma norma é realmente válida, os dois aspectos devem ser considerados, o formal e o material, o que faz com que as opções tomadas pelo legislador constituinte introduzam uma ordem hierárquica coerente com seus preceitos, de modo que nenhuma norma inferior pode dispor de maneira contrária ao seu conteúdo. Os direitos fundamentais aparecem novamente como conteúdo mínimo que deve ser observado pelas normas ordinárias, tornando inválida qualquer norma emitida pelos poderes competentes de Estado que desrespeitem o seu disposto.

Entre as normas ordinárias, de classe inferior à constitucional, estão as normas relativas ao Processo Penal, que devem ter seu conteúdo de acordo com o disposto na Constituição. E esta, por se constituir essencialmente em um documento político, que tem como pressuposto estabelecer os laços da relação entre o Estado e o indivíduo, não poderia excluir do seu bojo muitas normas relativas ao Processo Penal, campo em que tais relações

são mais delicadas, porque envolvem a esfera de liberdade física. É por essa razão, que o conjunto primordial dos princípios políticos do Processo está previsto na Constituição, assinalado sob o comando dos direitos fundamentais, a ponto de formar uma rede de direitos e garantias¹⁵⁸ que se comunicam e atuam interligados, como forma primeira de proteger o indivíduo dos possíveis excessos cometido pelos agentes e procedimentos persecutórios estatais, formando o Processo Penal justo, orientado pelo *due process of law*.¹⁵⁹

Cada direito fundamental que envolve as relações do *jus puniendi* com o *jus libertatis*, para que tenha um desempenho compatível, precisa estar acompanhado de outros direitos e garantias relativos a matéria, sem os quais perdem em coerência e efetividade. Ilustra-se tal situação quando a presunção de inocência está prevista em um ordenamento constitucional que não prescreve o direito de ampla defesa ou o habeas corpus, para regular a legalidade das ordens de prisão. Isolada, não só a presunção de inocência, como qualquer outro direito fundamental, fica subjugada às forças externas, pois não há meios de torná-lo

¹⁵⁸ Há entre direitos e garantias uma sutil diferença, lembrando-se, contudo, que as clássicas garantias também são direitos. O traço diferencial da garantia é o fato de atuar como instrumentos de proteção dos direitos, "... quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex: direito de acesso aos tribunais para a defesa dos direitos, princípio do 'nullum crimen sine lege' e 'nulla poena sine crimem', direito ao habeas corpus, ...)." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 520. A presunção de inocência é classificada como uma garantia constitucional, que visa proteger o direito de liberdade individual.

¹⁵⁹ O princípio do devido processo legal, oriundo da cláusula *law of the land* da Magna Carta inglesa de 1215, conta com quase 800 anos de construção jurisprudencial tanto na Inglaterra, quanto nos EUA. Seu significado originário era evitar *privações arbitrárias* dos direitos de vida, propriedade e liberdade. Compreendia-se que estas *privações* eram produtos da atividade jurisdicional quando aplicava a lei, os costumes ou o precedente nos casos concretos, situações que o princípio veio regular, exigindo que tais aplicações seguissem um série de ritos pré-ordenados, anteriores à constrição destes direitos. Estes ritos deveriam constituir um procedimento judicial *justo*, ou seja, normas que estabelecessem garantias procedimentais da estirpe da ampla defesa e do contraditório. Esta compõe a versão *procedimental* deste princípio, uma seqüência de atos que impedissem que o Judiciário restringisse arbitrariamente os direitos dos indivíduos, sempre examinados com critérios de razoabilidade. Na Inglaterra, o princípio recebe esta compreensão até hoje, e, por vezes, acaba atingindo até atos do Poder Executivo. Nos EUA, o princípio foi recepcionado com esta aceção no século XVIII. Todavia, neste país os juizes perceberam que em alguns casos, independente da quantidade de normas procedimentais que revestissem os atos jurisdicionais, o resultado continuava representando uma *privação arbitrária* dos direitos de vida, propriedade e liberdade. Isto porque, o foco de arbitrariedade não estava na atuação jurisdicional em si, mas no ato normativo produzido pelo Executivo ou Legislativo, o qual funcionava como base decisória para o caso em questão. Não haveria, então, processo legal devido enquanto perdurasse o ato normativo que conduzia os juizes a empreender *privações arbitrárias*. Dessa forma, percebeu-se que o que importava não era o procedimento e sim o conteúdo das decisões, de onde nasceu a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos que se relacionassem com preceitos fundamentais, como a vida, a propriedade e a liberdade. Este é o sentido *substancial* do devido processo legal. Para efeitos desta pesquisa, o que mais interessa é a versão procedimental do devido processo legal, de onde, sem dúvida, depreende-se a presunção de inocência, que também é uma garantia procedimental de um processo justo. Cf. BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Belém: Conselho Federal de Cultura, v.1. 1978; Cf.

eficaz, de promover o apoio necessário ao seu cumprimento. Isto porque, todos os direitos fundamentais pertencentes à categoria processual andam de mãos dadas, fazem sentido em um contexto único e pouco podem realizar isoladamente.

Como forma de apresentar esse feixe de direitos e garantias, parte-se do próprio direito ao Processo Penal (*nullum crime, nulla poena, sine iudicio*), como caminho único para a verificação da culpa e aplicação da pena, ao qual se agrupam outros direitos e garantias, relativos à atividade jurisdicional.¹⁶⁰ As primeiras garantias são a independência e a imparcialidade judicial, as quais se referem a um juízo democrático, sendo que a primeira coloca o magistrado como terceiro *supra partes*, ao qual cabe a decisão do Processo, e a segunda pressupõe um julgador sem interesse direto no conflito. Acrescenta-se as garantias que protegem o indivíduo em juízo, sendo que uma delas é a presunção de inocência a par do habeas corpus, ambos interligados ao direito de liberdade física. Depois, como disposições que sustentam a igualdade entre as partes no Processo, coloca-se o contraditório, a ampla defesa e o poder de iniciativa das partes para dar curso a ação. Sem dúvida, nesse sentido, é possível visualizar a Constituição como auto-limite do Estado, interferindo no *jus puniendi* para cercá-lo sob duras muralhas.

Outra vez vale relevar que a beleza de uma Constituição que promove um Estado Democrático de Direito, rica na instituição de direitos e garantias individuais, com instrumentais perfeitamente elaborados, pode ser desmerecida face ao contraponto lastimável que a dissociada prática processual em juízo ou em delegacias de polícia pode apresentar, subjacente à mentalidade dos operadores jurídicos e dos cidadãos, arraigada em valores contaminados por ranços autoritários, que teimam em ignorar a supremacia constitucional. A cultura política democrática é essencial para que o Processo absorva da Constituição os princípios políticos elementares, dos quais retira não apenas legitimidade, como também validade material. De muito pouco pode adiantar uma enunciação abundante em proteções para o cidadão frente ao poder estatal, se a cultura dominante apregoa que o Estado deve ter sobre os ditos “criminosos” poderes especiais de persecução, em defesa da sociedade.

CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. passim.

¹⁶⁰ FERRAJOLLI, Luigi. **Derecho e razón: teoría del garantismo penale**. Tradução de P. Andrés, J. C. Bayón, J. Terradillos, et al. Madri: Trotta, 1997. passim.

Se é imprescindível o trabalho incessante de uma força política sobre as previsões constitucionais, para que elas ganhem fôlego e vivam, na percepção de que a mesma forma processual pode encorpar os mais diversos tipos judiciais em circunstâncias políticas diversas, de acordo com os fins que persegue, esta força reside nos **costumes** de toda uma sociedade. Como acentuou Bettiol:

A Constituição é a mais típica expressão da orientação política e, portanto, da civilização de um povo; também assim, por esta via, uma vez mais se demonstra a incindível relação entre processo e política, entre processo e cultura e como será vão todo o esforço dirigido ao estudo do processo penal na base de postulados rigidamente lógico-formais, no quadro de imprevisíveis deduções.¹⁶¹

Logo se percebe que também o Processo Penal democrático depende de uma cultura política apropriada, inserida na mentalidade dos cidadãos, que dê vida aos preceitos formais e assumam a *vontade de Constituição*, fortalecendo o Processo com os direitos fundamentais, de modo que, por este viés, Processo, Constituição e Democracia estejam em perfeita sintonia. O Processo Penal não está acorrentado ao objetivo de ser apenas um método de verificação da culpa e aplicação da pena, mas superando esta barreira, de posse dos elementos constitucionais e de uma cultura democrática, pode ser transformado em um espaço para a participação democrática.¹⁶²

Admite-se, portanto, que os **direitos fundamentais** se consubstanciam como o fio condutor que interliga Democracia, Constituição e Processo, como três realidades contíguas e inseparáveis, já que a matriz de tais direitos perpassa os meios políticos e jurídicos, vindo se concretizar também no interior do Processo Penal. Este é um instrumento adequado para a realização dos direitos fundamentais, de acordo com a Constituição, onde expõe também sua faceta política. Diante desse enlaçamento e na sua conseqüência para o futuro da Democracia, aduz Calamandrei:

El verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere que detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada e razonable realidad.¹⁶³

¹⁶¹ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 196.

¹⁶² PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 46.

¹⁶³ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960. p. 56. Tradução: "O verdadeiro segredo para a salvação dos regimes democráticos se firma na circunstância de que para fazer viver uma democracia não é suficiente a razão codificada pelos preceitos de uma Constituição Democrática, senão que se requer que por trás da

Este ideal de Constituição delineado pelos pensadores modernos, que prevê a vivência dos preceitos legais no cotidiano cultural, nem sempre pôde ser vislumbrado na prática das sociedades políticas. No Brasil assistiu-se a luta por este ideal desde o arvorejar século XX, e nem a adesão à DUDH, em 1948, concedeu força suficiente para a insipiente democracia nacional resistir ao assombro dos regimes autoritários. Este desequilíbrio político refletiu-se no respeito aos direitos e garantias individuais e na seara punitiva dotou a presunção de inocência de diferentes entendimentos, assuntos que configurarão o tema do próximo capítulo.

3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO: PRIMEIRO MOMENTO (1948-1980)

3.1. A adesão brasileira à Declaração Universal de Direitos do Homem: o contexto do Código de Processo Penal de 1942 e da Constituição de 1946

Até o presente momento, os aspectos examinados nesta pesquisa se referiram a uma perspectiva geral do Ocidente moderno, revelando notas sobre questões que envolviam a presunção de inocência, inserida em um vasto contexto, frente ao Estado de Direito, à Constituição e ao Processo. Cumpridas estas considerações sobre o assunto, há subsídios necessários para se empreender uma tarefa mais específica e, de certo modo, ainda inexplorada, que diz respeito ao entendimento da presunção de inocência dentro da recente história jurídico-política brasileira. Adverte-se, porém, que esta relação é muito mais ampla do que a primeira vista pode aparentar e, portanto, a reflexão centralizar-se-á em alguns pontos principais, eleitos como mais preponderantes para o entendimento da questão.

O primeiro documento adotado pelo Brasil que expressou a presunção de inocência foi a DUDH,* o que só faz aumentar seu contributo universal para a história dos direitos do homem. Por causa disso, a DUDH é o marco temporal firmado nesta pesquisa, indispensável para se localizar a inserção da presunção de inocência, com o fim de observar algumas de suas implicações no ordenamento jurídico. Contudo, quando esta Declaração foi aprovada sob forma de Resolução, pela III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948,¹⁶⁴ o Brasil vivia sob uma recente codificação repressiva, ilustrada pelo Código de Processo Penal de 1942, e por uma recém criada Carta Política, a Constituição Federal de 1946.

Neste espaço realizar-se-á um estudo sucinto sobre o contexto jurídico do Brasil quando da assinatura da DUDH em 1948, o que inclui o elaboração do Código de Processo Penal de 1942 e da Constituição Federal de 1946, em cotejo com as circunstâncias históricas e políticas que lhe deram forma. Isso possibilitará aferir as

* Vide tópico 2.2.3. acerca da presunção de inocência na DUDH, sua literalidade e significado.

¹⁶⁴ LITRENTO, Oliveiros L. *O problema internacional da jurisdição doméstica: o homem*. São Paulo: F. Bastos, 1966. p. 16.

condições enfrentadas pela presunção de inocência em solo brasileiro e, também, fornecerá material imprescindível para o posterior estudo dos acórdãos emitidos pelos tribunais superiores pátrios.

3.1.1.O Estado Novo e o Código de Processo Penal

Nesta etapa considerar-se-á as circunstâncias históricas e políticas que contextualizaram a elaboração do Código de Processo Penal (adiante CPP) e a influência de tais circunstâncias sobre seus aspectos jurídicos essenciais. Duas advertências são necessárias: não estará em discussão questões jurídicas pontuais do CPP e a respeito do viés jurídico da presunção de inocência no CPP de 1942, este ficará a cargo do apanhado jurisprudencial, efetuado adiante.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor em janeiro de 1942, os brasileiros viviam um período político presidido pelo autoritarismo¹⁶⁵ de Getúlio Vargas, historicamente denominado como Estado Novo. Este pôs fim à República Velha, instaurada desde a Constituição republicana de 1891, que continha uma estrutura descentralizada, arcaica e cheia de roturas, aliada a um ineficiente estatuto burocrático, que com o decorrer dos anos colocaram a máquina estatal na iminência de ruir. Antes de perceber as modificações implementadas pelo Estado Novo sobre a República Velha, veja-se mais detalhes sobre essa transição.

A Constituição de 1891 concedia inúmeros poderes ao ocupante do cargo de Presidente da República, o que tornava este posto político alvo maior dos grupos influentes da época. Ocorre que os resultados eleitorais de então eram facilmente manipulados pelos governos estaduais, devido a dois motivos principais: a fragilidade da

¹⁶⁵ O termo autoritarismo pode ser empregado em três sentidos principais: como estrutura de regime político, como ideologia política e como matriz psicológica, atuando em uma personalidade. Para fins desse estudo, o sentido utilizado será o primeiro, onde o autoritarismo traduz um regime político sustentado por uma autoridade incomum ou degenerada, que se coloca como ápice de uma organização hierárquica que despreza a igualdade entre os homens, a ponto de excluir a participação popular no poder, através de fortes instrumentos coercitivos preparados para isso, como a polícia, o exército, a magistratura e a burocracia. Distingue-se do totalitarismo, basicamente, por possuir baixa mobilização política dos indivíduos, com pouca penetração do regime na sociedade, já que o autoritarismo se impõe de cima para baixo e nem sempre faz parte de uma aspiração da massa popular, incitada por um propaganda adequada, como o é o totalitarismo. Possui três características que se opõe à democracia: ausência de Parlamentos e de eleições populares; concentração de domínio no poder Executivo; insignificante grau de autonomia dos partidos políticos, sindicatos e grupos de pressão, isto quando não são extintos, com o objetivo de destituir qualquer oposição viva ao regime. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Renzo Dini et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. v.1. p. 94-103.

legislação eleitoral e de seus respectivos controles, que abriam ampla margem de permissibilidade para alteração dos resultados; e a prática do coronelismo,¹⁶⁶ na qual os grandes proprietários rurais utilizavam seu poder de mando em seus extensos domínios de terra, para garantir os votos de seus empregados e agregados, que formavam os currais eleitorais, mercadoria valiosa na barganha política.

Para que um candidato fosse eleito era preciso que estivesse indicado por seu antecessor, o qual possuía toda a estrutura eleitoral em suas mãos, pronta para eleger quem fosse de seu agrado.¹⁶⁷ Em 1929, preparando as eleições presidenciais, o presidente Washington Luís indicou como seu sucessor Júlio Prestes, o qual concorreu com Getúlio Vargas, candidato apoiado pela oposição chamada Aliança Liberal.¹⁶⁸ Óbvio que o ganhador da disputa foi Júlio Prestes, com uma esmagadora margem de votos sobre a oposição. Mais uma vez o esquema fraudulento funcionou e o Brasil ganhava assim um novo presidente, de acordo com a mais tradicional forma de eleição, eficaz desde 1891.

Seria fácil se o vencido não se inconformasse com os ardis dos adversários, conclamando suas bases para juntos se rebelarem e marcharem sobre a então capital brasileira, Rio de Janeiro. A rebelião foi insuflada depois do assassinato do ex-candidato à presidência João Pessoa, momento no qual as suspeitas recaíram sobre um grupo político nordestino, que tinha o apoio de Washington Luís.¹⁶⁹ Mesmo não tendo ligação direta com o assassinato, o peso deste apoio foi o estopim que os mais moderados membros da oposição precisavam para partir para a luta armada. Além disso, contavam com a aprovação de força dos jovens oficiais do exército, os tenentes, redil militar efervescente desde outrora, sempre prontos a intervirem na política a troco de seus objetivos nada

¹⁶⁶ LEAL, Vítor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1948. p. 181-190. Segundo este autor o coronelismo é um fenômeno de bases agrárias, que ocorre nas Repúblicas, geralmente no interior do país onde há maior isolamento com os grandes centros populacionais. Acontece por meio de uma incursão do poder privado no domínio público, estabelecendo "... uma relação de compromisso entre o poder privado decandente e o poder público fortalecido." (p. 182). A feição política do coronelismo é, no mais das vezes, governista, atuando sempre ao lado do grupo que detém o poder político do Estado, para receber privilégios em troca dos votos de seus dominados, aproveitando-se da ignorância destes quanto aos seus direitos de cidadania e usando do seu poder local para submeter todos a sua vontade.

¹⁶⁷ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. Tradução de Ismênia Tunes Dantas, Carmem Vergas de Andrade, Elsie Lessa, et al. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.22.

¹⁶⁸ Pacto que selou a união da oposição para concorrer à eleição presidencial, formado por políticos de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, apoiado pelo partido Democrático de São Paulo. Ibid., p. 402.

¹⁶⁹ Ibid., p. 23.

militares. Entretanto, segundo Skidmore,¹⁷⁰ não foi o apoio dos tenentes que fez triunfar a batalha da Aliança Liberal e sim, o fato de que os altos oficiais do exército brasileiro negaram, no último momento, seu apoio a Washington Luís, que contava com os mesmos para esmagar o levante rebelde.

Vargas assumiu a chefia do Poder Executivo das mãos dos militares, em novembro de 1930, mas a título provisório, até a próxima eleição presidencial, prevista para 1938. Estas nunca aconteceram, já que foram antecedidas pela ditadura¹⁷¹ de Vargas, que teve início em 1937 e persistiu até 1945, período caracterizado como Estado Novo, onde a rigidez do regime foi o pano de fundo para que profundas transformações políticas acabassem por desmoronar a República Velha. Este período é o mais interessante neste espaço, pois foi no seu desdobrar que o atual Código de Processo Penal brasileiro foi construído, para entrar em vigência em janeiro de 1942.

Um conjunto de circunstâncias políticas deu vazão as pretensões autoritárias de Vargas, algumas por ele meticulosamente engendradas e outras que surgiram ocasionalmente, mas que contribuíram enfaticamente para o seu malogro: convencer os brasileiros de que a solução autoritária era a única saída aceitável para sustentar o frágil plano político, duramente ameaçado pela investida comunista. Os comunistas eram difundidos como inimigos da paz e da ordem no Brasil, o que gerava na população um pânico crescente sobre a sua possível tomada do poder, a ponto de considerar qualquer coisa como bem vinda para remediar tal probabilidade. Uma onda de terror tomou conta do Brasil, principalmente nos membros da classe média, que foram alimentados por uma visão exagerada e perniciosa dos ideais comunistas.

¹⁷⁰ Ibid., p. 24.

¹⁷¹ No que se refere aos tipos de regimes políticos, o termo ditadura é mais abrangente que autoritarismo, pois inclui, de forma genérica, todos os regimes antidemocráticos ou não democráticos modernos. Tomando este ponto de partida é possível acentuar algumas notas do regime ditatorial: não é um regime limitado pelas leis, pois mesmo quando estas existem o Governo geralmente as ignora, ou recorre a outras leis que as contradizem ou que criam demasiadas exceções; em uma ditadura é comum ocorrerem profundas transformações econômicas e sociais, que incentivam o interesse de participação política popular; a destruição da velha estrutura social e política justifica a atuação do Governo ditador, ponto onde apoia sua legitimidade, ao lado do argumento de se apresentar como expressão legítima dos interesses populares. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política...** Op. cit. p. 368-379. . Nestes termos é possível definir o Estado Novo como uma ditadura, onde Vargas exerceu o Governo de forma autoritária. Todavia, salienta-se que este Governo apresentou vestes bem particulares, que nem sempre se encaixam em tipologias, classificação que para ser exata demandaria um estudo mais aprofundando, o que escapa dos objetivos aqui propostos.

A organização da esquerda comunista no movimento da Aliança Nacional Libertadora (ANL), liderada por Luís Carlos Prestes e, de outra banda, os radicais de direita, sob a insígnia dos Integralistas, representantes do ideário fascista europeu, liderados por Plínio Salgado, retratam a propagação dos radicalismos de toda ordem no Brasil, como em todo o Ocidente na época. Frente a tais manifestações, Vargas soube tomar proveito político, posando como o *salvador da pátria*, como o fez na frustrada tentativa de golpe pelos comunistas, intentada em 27 de novembro de 1935:

Neste dia, o vulto do sr. Getúlio Vargas se projetou como o do salvador da pátria. Foi sua bravura, recortada em inesquecíveis lances pessoais, o centro da resistência nacional, galhardamente vitoriosa pela fidelidade exemplar, pelo devotamento sem vacilações e pela intrepidez tradicional de nossas forças armadas. (...) Realmente, o motim de novembro de 1935 patenteou de modo tão flagrante a inadequação do regime às condições de vida brasileira, cercada de tantos perigos, que a Constituição teve logo de ser reformada, **a fim de dotar o poder de maiores elementos de ação policiadora.** [sem grifo no original]¹⁷²

A Constituição aqui citada era a de 1934, que já estava em vigor, mas que *precisava* ser reformada para aumentar ainda mais o poder de Vargas na presidência, cercando-o de um forte aparato policialesco, apto para sufocar qualquer tentativa dos radicais de tomarem à força o poder. Com claro intuito de preparar seu golpe, Vargas procurava justificar uma reviravolta na estrutura do poder político, o que necessitaria de uma nova Constituição, mais adequada aos propósitos ditatoriais. Claro que o pretenso ditador não contava com a participação tão pontual dos comunistas em uma revolta armada¹⁷³ para fortalecer a idéia, então divulgada, de que o liberalismo político não era apropriado para conter a propalada *fúria cruel* dos comunistas. Nisto houve sua notável participação, já que demonstra a: "... grande habilidade com que Vargas manipulava um extremo contra o outro, produzindo nas mentes dos militares e da classe média um

¹⁷² SCHWARTZMAN, Simon. (org.) **Estado Novo, um auto-retrato**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p.39/40. Este livro foi organizado sob as fontes do arquivo Gustavo Capanema, homem de governo de Getúlio ao qual foram encomendados diversos escritos documentais, para que uma vasta obra acerca de seus atos de governo e de sua *personalidade heróica* fossem editados. Entretanto, o fim trágico de sua vida e de seu governo, em 1945, não permitiram que a redação documental se findasse, já que esta englobava diversas áreas, restando inacabada a obra do estadista. Portanto, o teor do citado livro apenas reproduz esses escritos, o que facilmente se percebe pela visão unilateral dos textos, que versam sobre os acontecimentos e as realizações da era Vargas.

¹⁷³ "Eles (os comunistas) cumpriram, assim, na qualidade de **inimigo objetivo**, parte de um papel importante na estratégia política para criação do mito de uma conspiração que serviu para liquidar facções divergentes no interior da sociedade.(...) Ao mesmo tempo em que deveriam ser mantidos pelo governo para sustentar o mito da conspiração, sua eliminação era também necessária. (...) As manifestações comunistas acabavam sendo, na maior parte das vezes, úteis ao Estado e a seu discurso legitimador." CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência: a polícia da era Vargas**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 81, 82 e 111.

profundo pessimismo quanto à viabilidade de uma política aberta. No Brasil, como em todo o mundo ocidental, o liberalismo estava seguramente perdendo terreno.”¹⁷⁴

Mesmo antes da tentativa de golpe, em março de 1935, Vargas conseguiu do Congresso a aprovação de uma Lei de Segurança Nacional,¹⁷⁵ que seria aplicada pelo Tribunal de Segurança Nacional,¹⁷⁶ farta de aparatos repressivos para perseguir os radicais que intentavam tomar o poder. De posse desses instrumentos a esquerda comunista foi rapidamente massacrada e, aos poucos, até a oposição ao governo Vargas começou a ser assunto para a Segurança Nacional.

No final do ano de 1935, além de enrijecer a Lei de Segurança Nacional, o Congresso Nacional, em consideração ao pedido de Vargas, aprovou o estado de sítio e reformas à Constituição, que aumentaram consideravelmente os poderes presidenciais. O Congresso também aquiesceu com a prisão de um senador e de quatro deputados, atos que demandaram por sua indiscutível colaboração com o regime autoritário, já que boa parte dos congressistas acreditava que era necessário deixar: “... o presidente de mãos livres para levar a cabo a ‘reorganização’ do Brasil, da forma que lhe aprouvesse.”¹⁷⁷ Tamanho consenso era incentivado pelas tentativas armadas de golpe contra a ordem institucional e, em grande fatia, pela profunda desorganização do Estado brasileiro, ainda com duros resquícios da estrutura republicana antiga, motivos que conduziam a constantes expressões de descrédito ao liberalismo político, agora classificado como principal culpado pelo caos brasileiro e, em certa parcela, mundial também.

Vários estados da federação, notadamente os de maior influência política e militar, como Bahia, Rio Grande do Sul e São Paulo, sofreram intervenção federal, passando então a serem liderados por pessoas indicadas por Vargas, que se precavia contra

¹⁷⁴ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 42.

¹⁷⁵ Id.

¹⁷⁶ O Tribunal de Segurança Nacional foi criado pela Lei nº 244, em 11 de setembro de 1936 e reestruturado pelo Decreto-Lei nº 88 de 20 de dezembro de 1937, este sim, editado em pleno período autoritário. Cumpre observar que neste Decreto-Lei, onde o andamento processual dos crimes contra a segurança nacional foi regulado, o artigo 20 dispunha: “No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições: (...) nº 5) **Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário** [sem grifo no original], sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.”. BOBBIO, Pedro Vicente (org.). *Lex – Coletânea de Legislação*. São Paulo: Lex, 1937. p. 358. Mais uma vez é salutar destacar que sempre que um interesse de Estado, ou defesa da sociedade, estiver em supremacia face aos interesses e direitos individuais, a presunção de inocência será relegada a um segundo plano, quando não, como se vê no caso, invertida, para que o Estado tenha sobre o indivíduo um poderoso arsenal de perseguição criminal.

¹⁷⁷ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 46.

qualquer resistência local. O Exército sob o comando do General Eurico Gaspar Dutra, então Ministro da Guerra, com o apoio de Góes Monteiro, garantiu a Vargas uma milícia forte e organizada. Tudo se encaminhava para sustentar a iminente ditadura pessoal.

A cartada final das forças políticas que apoiavam a ditadura Vargas foi elaborada por Góes Monteiro que, inesperadamente, *descobriu* um plano de revolta armada dos comunistas, o conhecido Plano Cohen, que nada mais era do que um documento falso,¹⁷⁸ fabricado pelos integralistas e entregue para o comando militar. Levado a público, esta tentativa de *levante comunista* era a oportunidade que Vargas aguardava para receber do Congresso a suspensão dos direitos individuais previstos na Constituição, passo primeiro para o golpe, agora verdadeiro, que seria tentado em data agendada para 15 de novembro de 1937, não pelos comunistas, mas por Vargas. Como toda a ditadura bem calçada, Vargas precisava de uma Constituição pronta para entrar em ação, farta em estipulações autoritárias, tarefa que foi encomendada com antecedência a um dos amigos revolucionários de 1930, o jurista Francisco Campos.

Com efeito, grande parte dos regimes autoritários não demoram para utilizar o direito como seu mais rico instrumental de legitimação da nova ordem imposta, modificando inicialmente dois pontos básicos: a Constituição, que é revogada ou substituída, e as leis repressivas, sejam penais ou processuais penais, para coibir a liberdade física individual e impedir a formação de qualquer oposição política. Esta regra não foi contrariada pela ditadura Vargas. Avizinhando-se ao regime italiano fascista de Mussolini, que tinha na figura de Arturo Rocco* o homem de confiança para elaborar o edifício de *leis fascistíssimas*, leis de organização do Estado repressivo, o regime ditatorial varguista também tinha seu homem de confiança, versado nas letras jurídicas, para projetar todos os documentos jurídicos imprescindíveis para a perfeita e legal instalação de um regime autoritário: Francisco Campos. Ele concentrou duros esforços para esboçar a Constituição de 1937, trabalho recompensado com a ocupação da pasta de Ministro da Justiça da era ditatorial de Vargas, assim como Rocco o foi de Mussolini.

Surpreende observar que Francisco Campos afirmava crer nos ideais democráticos, entretanto desprezava os institutos políticos democráticos formais, ou seja,

¹⁷⁸ CARONE, Edgar. *O Estado novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro: Difel, 1976. p. 254.

* Vide retro item 2.2.2.4. na expressa referência às circunstâncias de elaboração do Código de Processo Penal italiano de 1931

os meios pelos quais a democracia indireta se satisfaz, impondo restrições às questões submetidas ao sufrágio universal, ao poder de controle e interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, à democracia de partidos, os quais julgava liquidados pela extensa crise do liberalismo político e pela carga de irracionalidade com que foram concebidos frente a complexidade apresentada pelo Estado.¹⁷⁹ Para ele, os instrumentos democráticos facilitavam a corrupção dos seus fins e propiciavam a pressão das massas com franca desorganização e caos político.¹⁸⁰ Francisco Campos endossou a crença de que a **técnica do Estado totalitário estava a serviço da democracia**: “ No fim de algum tempo, adoptada pela democracia a technica do Estado totalitário, á qual ella foi forçada a recorrer (por mais contradictorio que pareça) para salvar as suas apparencias liberaes...”.¹⁸¹ O totalitarismo na visão de Campos seria um meio para se chegar a democracia.

O golpe foi adiantado por um discurso escrito por Sales de Oliveira, ex-governador de São Paulo e pretendo candidato à Presidência da República, e lido pelo deputado João Carlos Machado na Câmara, no dia 09 de novembro de 1937,¹⁸² denunciando o plano de Vargas para ocupar o governo autoritariamente, a partir do cancelamento das eleições presidenciais que brevemente ocorreriam. No dia seguinte, o Congresso foi cercado pelos militares e, conseqüentemente, fechado. Vargas justificou seus atos perante os brasileiros em transmissão nacional pelo rádio, ao mesmo tempo que outorgava a Constituição de 1937, a qual declarava dissolvidos o Senado e a Câmara dos Deputados.

A Constituição de 1937 firmou-se sob o signo da outorga presidencial, alheia à opinião pública, definindo-se como aquela que: “... traduz o fim dos partidos, o fim da democracia, o fim das liberdades individuais.”¹⁸³ Certos detalhes da recém criada Carta Política denunciavam que: “ As novas diretrizes constitucionais eram uma imitação dos

¹⁷⁹ CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura e seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1940. passim. Tais reflexões estão reunidas nesta obra, onde Francisco Campo, a próprio punho e cumprindo com sua missão, expõe as diversas justificativas para a ditadura proclamada por Vargas, assim como as diretrizes básicas de estrutura do Estado Novo. Arremata os modelos gerais de legislação, como a codificação processual civil e penal, aliada à moldura da Constituição de 1937, viga principal por ele idealizada para servir aos propósitos do Estado Novo.

¹⁸⁰ Ibid., p. 78

¹⁸¹ Ibid., p. 23.

¹⁸² CARONE, Edgar. Op. cit. p. 255.

¹⁸³ Ibid., p. 156.

modelos corporativistas e fascistas europeus, especialmente de Portugal e da Itália.”¹⁸⁴ O modelo da ditadura de Vargas tinha notas singulares de um nacionalismo brasileiro, o que naturalmente dificulta qualquer comparação com outros regimes políticos, entretanto, certas características acompanhavam a tendência mundial dos regimes totalitários, com marcada simpatia ao fascismo europeu, sem no entanto se comprometer com os mesmos explicitamente.¹⁸⁵

Com a abolição formal de todos os partidos, o sistema político brasileiro afundou em trevas, a cena política estava centralizada única e exclusivamente na figura de Getúlio Vargas, que ajuntou para si a confiança dos militares e da maioria do eleitorado, de que seu governo, mesmo destituído do direito de liberdade,¹⁸⁶ seria a mais acertada solução para as circunstâncias políticas brasileiras. O que tornava a ditadura pessoal de Vargas diferente de qualquer outra experiência alienígena era o fato de que ele não estava ligado a nenhum partido e nem fundou nenhum movimento político, por isso a abolição dos partidos não afetava o sistema em vigor.

As linhas básicas que caracterizaram o Estado Novo podem ser descritas nos atos de centralização administrativa, através do fortalecimento do frouxo sistema federativo brasileiro, efetivando uma maior aproximação entre os poderes federal e estaduais. Isso se deu com a diminuição da autonomia dos estados e dos municípios, já que muita de suas competências passaram para o setor federal. A centralização administrativa também esteve presente no fato de que todas as atribuições que eram divididas com o Poder Legislativo, a partir do fechamento do Congresso Nacional, passaram à órbita do Poder Executivo.¹⁸⁷ O nacionalismo de vertente social inseriu na economia brasileira um forte intervencionismo, com o intuito de racionalizar os meios de produção, através do aperfeiçoamento da legislação e da criação e organização de diversas instituições públicas

¹⁸⁴ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 50.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Lúcia Lippi. VELLOSO, Mônica Pimenta. GOMES, Ângela Maria Castro. **Estado novo: ideologia e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p.28.

¹⁸⁶ A marca maior da Constituição de 1937 foi a supressão do direito de liberdade do capítulo dos direitos individuais. A democracia varguista aperfeiçoava-se não com a liberdade, mas de um modo funcional, no aspecto econômico e administrativo, com o intuito de alimentar o discurso pelos direitos sociais. De acordo com a justificativa de um de seus ideólogos principais, somente com um Estado forte, que pudesse conceder a suficiência de direitos sociais, o indivíduo poderia alcançar sua liberdade. Ocorre que neste interregno, Campos acreditava que a supressão da liberdade não era um mal. Cf. CAMPOS, Francisco. Op. cit. p. 55 e 56.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Lúcia Lippi. et al. Op. cit. p. 10.

para gerir os bens públicos, como os minerais, as águas e os produtos agrícolas.¹⁸⁸ Com isso, mais uma vez o governo federal tomava para si áreas antes abandonadas a uma livre regulamentação, aumentando sua fatia de poder de intervenção.

A indústria nacional recebeu um forte incremento nas condições de mercado para instalação e desenvolvimento, com alto protecionismo de Estado frente às mercadorias estrangeiras. Outros aspectos estruturados durante o Estado Novo que fortaleceram e centralizaram o poder federal, foram a implementação da legislação trabalhista, com a organização dos sindicatos, a par da organização dos fundos de previdência social.¹⁸⁹ Os ajustes foram além desses setores, passando pela área tributária e burocrática, com o fito de culminar em um Estado nacional, forte e centralizado, objetivo maior de Vargas.

Feitas essas considerações, que objetivaram expor de maneira simplificada as principais diretivas implantadas durante a ditadura varguista, com relevo para as áreas da política e das modificações do Estado, transfere-se agora o foco de atenção para a legislação processual penal, parte do aparato repressivo de Estado. Inegavelmente, a codificação repressiva editada durante o período do Estado Novo, pertenceu a um amplo projeto de organização do Estado brasileiro, que não podia deixar de afetar o campo da legislação, principalmente em um setor no qual as relações entre o Estado e o indivíduo envolvem o direito de punir e o direito de liberdade física.

A importância do Código de Processo Penal naquele instante da história política brasileira estava além da questão de servir aos propósitos autoritários de Vargas. Desde a Constituição Republicana de 1891, a competência para legislar em matéria processual concentrava-se, em grande parte, na esfera de poder das unidades da federação, ou seja, cada estado detinha o poder constitucional de editar as normas de processo penal como melhor lhe conviesse.¹⁹⁰ Unificar a legislação em todo o território nacional fazia parte do ideário reformista de Vargas, já que isto era um grande fator de fortalecimento do poder central. A Constituição de 1934 trouxe para a União a competência exclusiva para legislar sobre o processo e, desde então, houve o esforço de Vargas no sentido de editar uma nova

¹⁸⁸ Durante o Estado Novo foi inaugurada a estatal Companhia Vale do Rio Doce, destinada à exploração das jazidas minerais, além dos institutos nacionais para o café, sal e cacau entre outros. No campo legislativo a novidade foi a elaboração do Código de Águas e Minas, regulador deste campo de singular importância nacional. CARONE, Edgar. Op. cit. p. 161.

¹⁸⁹ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 56.

codificação,¹⁹¹ para a qual, inclusive, indicou uma comissão de caráter nacional para elaborar o projeto.

A comissão de elaboração do CPP foi formada pelos Ministros Bento Faria e Plínio Casado, além do professor Gama Cerqueira,¹⁹² os quais trabalharam rapidamente, já que tinham poucos meses para redigi-lo. Encerraram os estudos em agosto de 1935, entregando o projeto acompanhado de uma exposição de motivos, redigida pelo Ministro da Justiça da época, Vicente Ráo,¹⁹³ para que o texto fosse discutido e aprovado pelos representantes populares na Câmara e no Senado, como previa o mecanismo democrático constitucional destinado para a circunstância. Todavia, este projeto não vingou. Deparou-se com o golpe de 1937 e com a outorga presidencial da sua respectiva Constituição, que fizeram naufragar a tentativa de conceder ao país uma nova codificação processual penal, que fosse discutida e pensada pelos representantes da Nação. Com a dissolução da Câmara e do Senado tornou-se inviável a possibilidade de elaborar uma codificação de acordo com os trâmites formais recomendados pelas regras democráticas.

Em pleno período ditatorial, uma nova comissão foi nomeada com a contribuição do fiel Francisco Campos, que acompanhou de perto o feitio do novo projeto de codificação processual. Esta segunda comissão foi composta por Narcélio de Queirós, Néelson Hungria, Cândido Mendes de Almeida, Roberto Lyra e Antônio Vieira Braga,¹⁹⁴ que estruturaram também uma lei específica, que versou sobre a instituição do Júri, assunto posteriormente acomodado no projeto de CPP. Além da disciplina processual, um projeto de Código Penal estava sendo elaborado sob a responsabilidade de Alcântara Machado, já que era desejo de Francisco Campos que ambos os diplomas estivessem em perfeita sintonia, com vigência comum. Enfim, em 03 de outubro de 1941, o Decreto-Lei nº 3.689 editado por Vargas, deu vida jurídica ao CPP, para entrar em vigência em primeiro de janeiro de 1942. O Brasil estava então sob a égide de um novo estatuto processual penal.

¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.1, p. 102. Alguns crimes eram processados pela justiça federal, mas a maior parcela da competência processual penal ficava a cargo das justiças estaduais.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Ibid.*, p. 104. Frederico Marques resume este projeto de 1935 como inovador, já que instituiu o fim do inquérito policial, com a respectiva criação do juizado de instrução, o que diminuiria o poder da polícia judiciária e dotaria a instrução criminal de mais espaço, de modo que o acusado pudesse exercer melhor o seu direito de defesa.

¹⁹⁴ *Id.*

A essência que norteou o sentido do CPP brasileiro, ao menos na intenção vívida e influenciadora de Francisco Campos, pode ser facilmente examinada na exposição de motivos, local onde seu mentor intelectual deixou à mostra sua filiação doutrinária, em harmonia com os propósitos do Estado Novo. Vide o teor de suas letras:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [sem grifo no original] Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O Processo Penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.¹⁹⁵

Francisco Campos deixa antever nessas palavras o orgulho depositado na edição da codificação processual, a qual, sem dúvida, expressava nas entrelinhas os seus cuidados. Entretanto, o simples exame do conteúdo da exposição de motivos denuncia sua aproximação com os ensinamentos da Escola Técnico-Jurídica, principalmente quando sublinha a necessidade da codificação repressiva primar pelo interesse social, bem tutelado e conduzido pelo Estado, em lugar da proteção do indivíduo acusado. Isto não causa estranheza, pois em 1941, a citada Escola italiana estava em voga, conhecendo grande difusão mundial e representava o que havia de mais moderno e técnico para a disciplina repressiva, seja no campo penal ou processual penal. Além do que, o fascismo em 1941 ainda vigia na Itália, onde o CPP de Rocco, editado dez anos antes,* brilhava incólume sem as luzes da Constituição de 1946, exportando comandos para outras nações, simpáticas aos seus valores ou a sua apurada técnica jurídica. Ao comentar resumidamente algumas das medidas implantadas pelo CPP pátrio, Campos confidencia:

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, (...) advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas também de repetir-se as

¹⁹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. 03 out. de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. Exposição de motivos do código de processo penal. Código de processo penal. São Paulo: Saraiva: 1995. p. 06.

* Sobre a Escola Técnico-Jurídica e o Código de Processo Penal de Rocco, vide retro 2.2.2.3 e 2.2.2.4.

palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”.¹⁹⁶

Por outro lado, Campos também sublinhou que a defesa dos acusados não seria descuidada, já que o CPP previa várias oportunidades para que este se manifestasse e produzisse provas de sua inocência, se assim o quisesse. Na parte final do seu discurso de apresentação e justificação do CPP pátrio, Campos repetiu a expressão chave, fonte maior para a aceitação do compêndio repressivo: “Do que vem sendo ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter o **equilíbrio** [sem grifo no original] entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade.”¹⁹⁷ Isso rememora as pretensões da Escola Técnico-Jurídica, a qual, ao menos no que respeita ao seu discurso, procurou justificar a fartura de instrumentos persecutórios fornecidos ao *jus puniendi* através do processo, com medidas e espaços que permitiam a manifestação efetiva da defesa do indivíduo. Não só a defesa, mas a técnica dos instrumentos persecutórios proporcionaria uma precisão tamanha, que diminuiria muito as chances de perseguir um inocente, consistindo isso também em um instrumento para a liberdade dos indivíduos, que dificilmente seria violada frente a apurada técnica punitiva e processual. De forma que a Escola Técnico-Jurídica também pregava um equilíbrio entre o direito de punir e o direito de liberdade dentro do aparato repressivo e, nitidamente, no Processo.

Indubitavelmente, há uma tentativa muito antiga de justificação do Processo Penal, que reside na crença de que o mesmo deve representar o **equilíbrio** entre os meios de acusação e defesa, equilíbrio este que, como foi dito em outra oportunidade,* não passa de uma ilusão criada para alimentar os espíritos menos observadores do teor efetivo do conteúdo das legislações vigentes e de sua prática cotidiana, seja dentro das delegacias de polícia ou nos edifícios do Poder Judiciário. A partir do momento em que se manifesta a opção em se privilegiar a defesa social em lugar dos direitos individuais, não há mais espaço para o discurso acerca de um falso equilíbrio entre as forças do Estado e do indivíduo na seara punitiva. O que os doutrinadores da disciplina repressiva desejam é alimentar uma falsa crença neste equilíbrio de forças, como forma de proporcionar maior

¹⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689... Exposição de motivos do código de processo penal. Op. cit. p. 06.

¹⁹⁷ Ibid., p. 16.

aceitabilidade e confiança no sistema punitivo entre os cidadãos. E isto ocorre a partir do momento em que há a aparente solução da ambigüidade no interior do Estado, que tem o direito de punir o indivíduo, restringindo sua liberdade física individual e, ao mesmo tempo, assume o dever de proteger esta esfera de liberdade, que é um direito supremo do indivíduo.

Lembre-se de que o direito de liberdade foi retirado do rol dos direitos individuais da Constituição de 1937 e este fato, mesmo que isolado, já se pronunciava no caráter do Código de Processo Penal, o qual não poderia fugir ao espírito que coordenava as ações do Estado Novo e ao próprio ideário que estimulava as transformações políticas. Urgia elaborar uma competente codificação, como expediente para racionalizar a legislação processual e coloca-la em sintonia com a mais apurada técnica construída pela doutrina estrangeira, uniforme em todas as unidades da federação. Deste pacto político nasceu o CPP brasileiro de 1942, eivado do pensamento autoritário que pertencia aquele Governo.

Pela própria orientação do Código, ao menos na intenção de Francisco Campos, que afirmou sua opção pela primazia da defesa da sociedade e do Estado, sobre a proteção do direito de liberdade individual do acusado, era de se esperar que o Código, nem de perto, se referisse literalmente à presunção de inocência. Mantendo-se fiel à tradição processual firmada em solo brasileiro, o novo CPP em quase nada inovou face aos institutos que já existiam na justiça processual dos estados. Manteve o inquérito policial, instituição presente no Brasil desde o século XIX, naturalmente com traços inquisitórios, separado da fase judicial ou de instrução, onde o contraditório foi contemplado. Mas, se por um lado, o Processo Penal foi brindado com a orientação do contraditório, ao menos na fase judicial, por outro manteve o excessivo formalismo para os procedimentos processuais, deixando alguns descontentes com alguns aspectos pontuais. Veja-se a queixa do jurista Frederico Marques:

Permaneceu estacionária, por isso, a legislação processual penal, enquanto outros setores a renovação legislativa se operava em alto grau. Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil. (...) Além disso, o Cód. de Proc. Penal (...) não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Nôvo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr côbro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípio não condizentes com as garantias

* Vide retro 2.1.5, onde se trata da questão do poder de punir do Estado em confronto com o direito de liberdade do indivíduo.

necessárias ao acusado, além de o ter feito com lamentável confusão e absoluta falta de técnica. É de lamentar, ainda, a adoção da prisão preventiva obrigatória, no tocante a alguns delitos, bem como os princípios draconianos que consagra para o réu ausente ou revel.¹⁹⁸

A rejeição da presunção de inocência na codificação brasileira pode ser explicada na observância dos preceitos gerais insculpidos na legislação processual penal, no CPP de 1942. Este Código se prestou a uma maior defesa da sociedade e, em face disso, a aceitação da presunção de inocência ficou prejudicada. Mesmo admitindo que a liberdade do acusado deveria ser preservada, esta não era a regra orientadora do Código, que, originariamente, possibilitava inúmeras chances para a imposição da prisão preventiva, inclusive estipulando casos em que sua aplicação era obrigatória.¹⁹⁹ Apesar de algumas críticas, tal preceito sobreviveu durante longo tempo dentro da disciplina da prisão, descaracterizando o que se pode chamar de prisão preventiva, pois esta medida deve sempre derivar da prudência do juiz e não da imposição legal, que a torna obrigatória dentro da hipótese pré determinada.²⁰⁰ Em curto tempo, os juízes se limitaram a aplicá-la, conforme ordenava o disposto pelo legislador ordinário, o que denota a sua rápida assimilação pela mentalidade dos julgadores de então, que não ousaram discordar de sua licitude, seja no plano constitucional ou mesmo doutrinário. Dentro deste contexto, a presunção da inocência estava implicitamente excluída, pois a liberdade e os direitos do indivíduo não eram as prioridades desta codificação, que visava racionalizar e organizar as medidas de caráter repressivo.

Este é apenas um exemplo para ilustrar que, de maneira geral, o CPP conjugou alguns elementos técnicos avançados, oferecidos pelo instrumental da Escola Técnico-

¹⁹⁸ MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 105/106.

¹⁹⁹ A antiga redação do artigo 312 do CPP preconizava: "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que fôr cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos." (grifou-se). Para a chamada prisão preventiva compulsória, exigia-se apenas que a materialidade do delito estivesse provada, ao lado de indícios de sua autoria. Vide acórdãos: 1) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n° 35.046. Relator Ministro Cândido Mota Filho. 26 jun. 1957. *Revista Forense*, n. 175, 1958. 2) BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. "A decretação da prisão preventiva nos casos obrigatórios, não depende de fundamentação. Não constitui constrangimento ilegal a sua decretação com fundamento em dispositivos aplicáveis." Habeas corpus n.02. Relator Ministro Sampaio Costa. 05 nov. 1947. *Revista Forense*, n. 117, 1948. 3) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 36.090. Relator Ministro Barros Barreto. 27 ago. 1958. *Revista Forense*, n. 185, 1959. 4) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 35.900. Relator Ministro Lafayette de Andrada. 30 jul. 1958. Id. Vê-se, pois, que esta modalidade de prisão preventiva apesar de se proclamar cautelar, não guardava os preceitos de excepcionalidade e provisoriedade, característicos das medidas cautelares.

²⁰⁰ Esse é o argumento de Jônatas Milhomens, então juiz no Distrito Federal, que culmina por asseverar que: "Insistimos nesse ponto porque, doutrinariamente, não se ajusta o conceito de prisão 'preventiva' com a sua 'obrigatoriedade'." MILHOMENS, Jônatas. Crime e Liberdade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.141, p. 544-548, 1952. p. 546.

Jurídica, a outros pertencentes a tradição processual do país, resultando em um diploma com poucas disposições que vão de encontro com os direitos individuais de liberdade física e com os de preservação do acusado como inocente. Muitas tentativas foram realizadas com o objetivo de substituir o CPP de 1942, ao menos em suas partes mais rigorosas com a liberdade individual e nos procedimentos ineficientes, que mais causavam lentidão do que efetividade para a justiça punitiva, a qual é tão almejada pelos que querem *punir mais e melhor*. Algumas disposições realmente foram alteradas, mas nada que pudesse desconfigurar o corpo legislativo, que ainda permanece ativo atualmente, com muitos resquícios do autoritarismo nacionalista, como os que foram manifestados no pensamento de Francisco Campos.

3.1.2. Breve abertura democrática: a Constituição de 1946

A Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 deu a Vargas o comando da Nação até que se completassem seis anos, ocasião em que seria realizado um plebiscito para que o povo se manifestasse sobre a sua permanência no poder. Entretanto, em 1942 o mundo assistia a 2ª Grande Guerra, luta da qual o Brasil participava contra o nazismo alemão, ao lado das forças aliada do eixo americano. Ironicamente, soldados brasileiros lutavam na Itália pela volta do regime democrático e tolerante, enquanto em solo pátrio reinava uma ditadura nacionalista. O esperado plebiscito não ocorreu na data prevista pela Constituição de 1937, sob a justificativa de Vargas de que a instabilidade política causada pela guerra tornava o ambiente impróprio para que as opiniões pudessem ser manifestadas livremente.²⁰¹

A murmuração tomou conta do Brasil, de maneira que ali e acolá era possível ouvir vozes descontentes com o descumprimento da promessa de consulta popular. Os grupos políticos brasileiros, mesmo desorganizados com a perseguição encetada pela ditadura Vargas, pediam a volta da democracia e a realização de eleições livres para a Presidência da República. Na tentativa de impedir maiores manifestações, um Ato Adicional, em fevereiro de 1945, estipulava que em 90 dias seria marcada a data das eleições presidenciais. Mal saiu o decreto e o Brigadeiro Eduardo Gomes já era lançado como candidato a presidência, representando a oposição a Vargas pela União

²⁰¹ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 72.

Democrática Nacional (UDN).²⁰² Todos aguardavam a sinalização de Vargas, seria ele candidato novamente à Presidência da República?

Mais uma vez demonstrando uma percepção acertada sobre o terreno político, Vargas reconheceu que sua imagem estava demasiadamente gasta, afinal, os tropeços do regime autoritário tinham sido sentidos pelos eleitores. Ele agora exibia uma faceta democrática, até então desconhecida por todos, a ponto de conceder a anistia para os presos políticos, incluindo aí Luís Carlos Prestes, o líder que assistiu a volta à legalidade do Partido Comunista. Com a organização do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Vargas preferiu uma retirada triunfante da política, endossando a candidatura de Eurico Gaspar Dutra, seu Ministro da Guerra, pasta que passou a ser ocupada por Góes Monteiro.

Partidários de Vargas queriam que antes das eleições presidenciais, marcadas para 02 de dezembro de 1945, fosse elaborada uma Constituição, documento inequívoco da abertura democrática, de modo que o ditador teria mais tempo para ficar no poder. Mas, a oposição fixava os pés na data de 02 de dezembro, preferindo antes um presidente novo, para depois uma nova Constituição. Muitas agitações políticas ocorreram em face de outros acontecimentos isolados, mas o auge das intempéries políticas motivou-se na atitude de Vargas em nomear seu irmão Benjamin, para ocupar o cargo de chefe de Polícia do Distrito Federal, no lugar de João Alberto.²⁰³ Ressalte-se que este cargo agregava muito poder em tempos autoritários, por isso tinha nomeação política e era cobiçado por muitos. Benjamin não era benquisto pelos setores políticos e o destituído João Alberto era amigo pessoal de Góes Monteiro, que não gostou nada da decisão de Vargas e, nos bastidores, começou a consultar os oficiais superiores do Exército para juntos realizarem a deposição de Vargas. Depois de se certificar do apoio incondicional do alto comando do Exército, Góes Monteiro decidiu que a presidência não era mais o lugar de Vargas.

Nesta altura dos acontecimentos todos achavam que Vargas voltaria atrás em sua decisão e Dutra, sabendo dos acontecimentos, foi dar pessoalmente a alternativa para Vargas: ou retirava a nomeação de Benjamin ou seria deposto pelo Exército. Vargas optou por seu irmão, pois não acreditou que Góes Monteiro fosse capaz de tamanha audácia. Mas foi. Em 29 de outubro de 1945 o palácio presidencial foi sitiado pelos

²⁰² Ibid., p. 73.

²⁰³ Ibid., p. 74.

militares e Vargas deposto, já que qualquer resistência ao poderio de força armada não era aconselhada.

O papel mais cômodo para Vargas não era se assumir como deposto, mas como aquele que concordou em se retirar da cena política, por ser esta a melhor solução frente as circunstâncias. A pose de quem não guarda rancores e de quem respeita as forças armadas ficava bem diante da opinião pública e melhor ainda frente aos militares, contra os quais não era inteligente alimentar contendas. Se quisesse mesmo voltar ao poder, Vargas precisaria do futuro apoio dos militares. Veja-se suas palavras:

As ocorrências de 29 de outubro foram o resultado de erros e confusões das quais nós devemos dar quitações recíprocas. As forças armadas do Brasil devem estar acima de suspeitas facciosas e não podem ser consideradas em causa nas lutas partidárias. (...) Sempre procurei atender aos interesses dos pobres e dos humildes, amparar os direitos dos trabalhadores e do povo brasileiro em geral, desse povo sempre bom, bravo e generoso.(...) Agredido, injuriado, traumatizado pelo choque dos ódios e das paixões políticas, venho dizer-vos que esqueci tudo isto e encontrei, no amor à minha pátria, forças para me renovar.²⁰⁴

O cargo vago de Presidente da República foi ocupado por José Linhares, presidente do STF, o qual assumiu com a aquiescência dos militares até que as eleições de 02 de dezembro indicassem o novo chefe de Estado. No curto espaço de tempo que se manteve a frente do governo, Linhares prestou um bom serviço para a democracia brasileira, extinguindo o famigerado Tribunal de Segurança Nacional,²⁰⁵ instituição pela qual muitas prisões e condenações arbitrárias, realizadas para a proteção do regime e de seus titulares.

Para garantir um mínimo de lisura e bom andamento das eleições, Linhares substituiu todos os interventores dos estados, no mais das vezes por membros do próprio Poder Judiciário, além de suspender os prefeitos. A arena política para o pleito em questão estava formada com Dutra, candidato do PSD (Partido Social Democrático) com o apoio de Vargas, Eduardo Gomes representando o interesse dos constitucionalistas da UDN e mais Iedo Fiúza, que mesmo não sendo comunista, era o representante do PCB (Partido Comunista Brasileiro). O líder Prestes acreditava que o Brasil não estava pronto

²⁰⁴ CARONE, Edgar. **A quarta república (1945-1964)**. Rio de Janeiro: Difel, 1980. p. 05

²⁰⁵ A competência para o processo e julgamento dos crimes de segurança nacional, que ainda persistiam, passaram a ser de competência do Tribunal Militar. Ibid., p. 04.

para um regime comunista e coordenou uma campanha exibindo seus propósitos não revolucionários.²⁰⁶

As eleições que se sucederam foram tranqüilas e livres, com a vitória folgada de Dutra, seguido de Eduardo Gomes e de Fiúza. Dutra foi empossado em 31 de janeiro de 1946,²⁰⁷ ao lado de novos deputados e senadores, estes com a nobre missão de elaborar e promulgar uma nova Constituição para o Brasil e livrá-lo enfim das amarras antidemocráticas da Constituição de 1937.

Já em 01 de fevereiro reuniu-se a Assembléia Nacional Constituinte, abrindo os debates que ocorreram de forma mais acentuada entre os representantes do PSD e da UDN, representantes das oligarquias que ocuparam o maior número de cadeiras entre os constituintes. É certo que, de modo geral, os deputados queriam a abertura democrática, mas desejavam que certos limites permanecessem, para que seus privilégios ainda estivessem salvaguardados.

As controvérsias mais acesas na Constituinte de 1946, relacionava-se aos seguintes temas: o tempo do mandato presidencial; casos de inelegibilidade para os que exerceram cargos no regime ditatorial de 1937; a necessidade de se estipular na Constituição as condições do estado de sítio e de guerra, entre outros.²⁰⁸ Entretanto, os constituintes constataram que se as controvérsias fossem levadas às últimas conseqüências, a Constituição demoraria anos para ser promulgada. E o momento histórico exigia que uma Constituição, imbuída de instrumentos democráticos formais, viesse extinguir para sempre os desatinos da malfadada Carta Política de 1937, vergonha que imprimia nos constituintes o senso da responsabilidade em revogá-la o quanto antes possível. Essa urgência suplantava as diferenças partidárias e de opinião, exigia que um certo consenso fosse rapidamente proposto, com o esforço pessoal de cada deputado e de cada partido. Veja-se o comentário do deputado Nereu Ramos em uma carta dirigida à imprensa em 11 de julho de 1946: “A entrega de uma nova Constituição ao país dentro do menor prazo possível é um imperativo patriótico que deve unir nesta hora os que têm responsabilidade de expressar a vontade democrática da Nação. Daí por que a conjugação de esforços das correntes verdadeiramente democráticas não poderá deixar de receber o

²⁰⁶ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 88.

²⁰⁷ Ibid, p. 89.

²⁰⁸ CARONE, Edgar. A quarta... p.06 e 07.

aplauso da Nação.”²⁰⁹ Isto explica porque a Constituição ficou pronta em tão curto espaço de tempo.

Em realidade, a Constituição de 1946 respondeu à altura o momento de avidez democrática vivida pelo Brasil naqueles dias, não só porque extinguiu os abusos da Carta de 1937, mas principalmente porque seu conteúdo representou em alguns aspectos, um avanço na órbita dos direitos e garantias individuais, em comparação com as Constituições anteriores. A Constituição privilegiou a democracia, ao menos em sentido formal, o regime representativo e a forma federativa de governo, aliado ao direito de liberdade e de igualdade formal. No exame singelo que segue, privilegiar-se-á com mais afinco o tema dos direitos e garantias individuais da Constituição de 1946, com relevo para os que tangem, em primeiro plano, o conteúdo da DUDH e, em segundo, a própria presunção de inocência.

A enunciação dos direitos e garantias individuais na nova Carta Política se concentrou nos parágrafos do artigo 141, entrelaçando-se com outros dispositivos localizados em esparsos na Constituição. Os doutrinadores da época o classificaram este como o *artigo da Declaração de Direitos*, o qual elevou muitos direitos à classe constitucional. Lembre-se que em 1946 nascia entre os Estados a preocupação com a questão dos direitos humanos, face a discussão internacional sobre a necessidade de se firmarem direitos que fossem respeitados pelos Estados em suas Constituições nacionais, firmando-os internamente como direitos efetivos para o indivíduo. Desta forma, seriam tutelados pelo Estado como direitos de hierarquia superior, que vinculariam todos os demais diplomas legais emitidos internamente pelos poderes competentes. Adotar os preceitos registrados como direitos humanos já fazia parte dos objetivos dos Estados, como programa de política internacional. Nesse sentido, observe-se as afirmações de Pontes de Miranda:

Hoje, as Declarações de Direito não tem só a finalidade de apontar os princípios que o Povo, por sua tradição ou pelo clima moral em que o momento histórico vive, reputa essenciais; atendem a exigências supraestatais, para que os outros Estados tratem o Estado, que as faz, como entidade observadora dos postulados atuais da civilização. Ao lado do ‘ethos’ político, já é discernível a necessidade de se reconhecerem tais direitos, que nascem acima (portanto, na ordem jurídica supraestatal), e não dentro do direito do Estado, dito direito interno, de que o direito constitucional é apenas parte.²¹⁰

²⁰⁹ Ibid., p. 08.

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4 p. 09.

A Carta de 1946 vinculou para si toda a legislação ordinária, estipulando que todas as disposições legais a ela inferiores, deveriam adequar seu conteúdo de acordo com seus preceitos. Por outro lado, os dispositivos constitucionais e infra-constitucionais deveriam ser interpretados em harmonia com o disposto nas Declarações de Direitos, mesmo que estes não fossem contemplados pela Constituição: “Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1946...”²¹¹ Isso é reafirmado novamente na Constituição, que em seu artigo 144 estabelece: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”²¹² De maneira que mesmo que a Constituição não preveja de maneira explícita alguns direitos e garantias, isto não significa que ela os exclua, mas desde que sejam *coerentes e harmônicos* com o conjunto de normas prescritas e com os princípios que ela adota, eles são conciliáveis e, portanto, previstos implicitamente. Toda a interpretação deve levar em conta esse preceito, para não riscar da Constituição matéria a ela pertinente, mas sim, acatar o universo no qual a mesma se insere.

O princípio da legalidade, natural ao Estado de Direito liberal, foi restabelecido no art. 141, § 2º,²¹³ visto que a Carta anterior permaneceu silente neste sentido. A legalidade estatuída constitucionalmente se transforma em um direito, quando abre o espaço no qual o indivíduo pode se mover, agir com liberdade, vinculando também as obrigações impostas pelo Estado contra o indivíduo, somente para a disciplina normativa. Com esta previsão, o caráter das outras liberdades, como a de expressão, associação e física, tiveram um aporte mais consistente, influenciando com isso a efetivação dos direitos individuais, em sentido amplo. Considera-se que este princípio, por reger as relações entre o Estado e o indivíduo, é um dos baluartes do regime democrático em uma Constituição Política, pois, ao menos, estipula uma formalidade que deve ser respeitada pelo Estado antes de impor um comportamento às pessoas, seja por ação ou omissão. Não trata sobre a natureza do conteúdo da lei, que poderá favorecer ou não a democracia (seja formal ou

²¹¹ Ibid., p. 09. Cumpre revelar que o autor, ao fazer referência ao termo “Declaração de Direito”, incluiu expressamente a DDHC, de 1789 e os poucos tratados internacionais, com nítida omissão da DUDH, de 1948, que a época dessa obra, já havia sido firmada.

²¹² Id.

²¹³ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1949. p. 73.

material), mas ao menos garante que a liberdade pessoal está envolta no que determina a lei,* impedindo que esforços arbitrários penetrem na esfera de liberdade do indivíduo.

Em relação à disciplina da liberdade física em âmbito penal, a Constituição de 1946 expõe os casos restritos em que será permitida sua supressão, no artigo 141, § 20 e, de outra banda, restringe a disciplina, proibindo a prisão civil por dívida, no parágrafo 32.²¹⁴ O § 21 da Carta de 1946 admite que a prisão seja relaxada sob fiança, para os crimes que a lei assim o permita, deixando para o arbítrio do legislador ordinário definir quais crimes seriam insuscetíveis de prestação de fiança. Isto significa que caso este legislador afirmasse que todos os delitos são inafiançáveis, a norma constitucional não se oporia. O direito de fiança atua, basicamente, nos casos que seguem: “... exigir-se fiança fora dos casos previstos na lei, para que o réu se livre solto; considerar-se inafiançável o delito que não o é; exigir-se fiança maior do que a lei estipula; julgar-se quebrada a fiança, se a lei não apontou a espécie como de quebramento; conservar-se prêso o réu, depois de prestada a fiança ou de requerer prestá-la.”²¹⁵

Ainda sobre a prisão, para que fosse considerada legal, deveria ser comunicada imediatamente para o juiz competente para o caso, pois somente este teria o poder de julgar acerca da sua legalidade, conforme consta no parágrafo 22. Este era um requisito para que a prisão fosse creditada como legal, constituindo-se em um direito do preso, de modo que, se uma prisão não fosse comunicada em caráter de urgência, já existiria uma ilegalidade intrínseca ao ato, passível da garantia do habeas corpus para saná-la. Caso fosse determinada como ilegal, a prisão seria relaxada e o responsável seria punido como autoridade coatora. Como se vê, o habeas corpus também foi previsto na Carta de 1946, no subsequente parágrafo 23, corolário maior do direito de liberdade, seu garante imprescindível em um regime democrático, pois de nada adianta afirmar que não se admitem prisões ilegais, se não há um instrumento judicial adequado, que possa ser acionado em caso de descumprimento desse direito. Certamente, o habeas corpus protege

* É claro que a lei aqui referida é aquela produzida conforme os trâmites que a própria Carta estipula em cada caso, seja em iniciativa, competência e procedimento. Não basta que seja um comando autoritário, imposto indevidamente por uma pessoa, mesmo que seja o Presidente da República.

²¹⁴ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.” Art. 141, § 32: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.” Ibid., p. 163 e 245.

²¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op. cit. p. 319.

a liberdade física do indivíduo contra as prisões arbitrárias e sem fundamento legal, pois os juízes, ao examinar um pedido desta natureza: "... devem ter presente ao espírito que o habeas corpus é a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios, com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos reis, os séculos da civilização, liberal-democrática, nos países em que ela se logrou firmar. [sem grifo no original]"²¹⁶

No que se refere a disciplina penal, os destaques ficam por conta dos parágrafos 29 e 30, que determinam, respectivamente, a individualização da pena através da lei, a irretroatividade da lei penal e a o da responsabilidade pessoal do crime.²¹⁷ O primeiro deles instituiu que a pena final aplicada ao condenado deveria ser o resultado de um exame individual das particularidades do seu caso, que englobariam aspectos de sua conduta pessoal e das circunstâncias do crime. Para ser realizado, este exame deveria partir de critérios fixados pela lei e não na isolada subjetividade do juiz.

A Constituição também consagrou o princípio da retroatividade da lei penal, desde que seja para o benefício do réu. A regra afirma que a lei penal não retroagirá, ou seja, não alcançará as condutas pretéritas a sua vigência, mas o dispositivo constitucional abre exceção para o caso da lei nova vir a beneficiar o réu, hipótese em que permite sua retroatividade. O parágrafo 30 dispõe que a pena atinge somente aquele que infringiu a lei penal, sendo vedada a possibilidade dela alcançar outras pessoas que não participaram da ação delituosa. Ninguém, a não ser o delinqüente, poderá arcar com as conseqüências do crime.

Na seara processual alguns dos direitos humanos são consagrados na Carta Maior de 1946 e perfazem a base para que o julgamento dos crimes ocorra de modo coerente com o Estado de Direito, notadamente na letra do parágrafo 27, do mesmo artigo 141: "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior."²¹⁸ Tal formulação, de modo indireto, implica na previsão do *nulla poena sine iudicio*, pois assevera que somente a autoridade competente tem poder para processar alguém, aplicando-lhe uma sentença e tanto esta, quanto o processo, devem obedecer ao

²¹⁶ Ibid., p. 363.

²¹⁷ § 29 "A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu." § 30 "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente." CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Op. cit. p. 236 e 240.

²¹⁸ Ibid., p. 231.

disposto pela lei, estabelecida antes do fato que deu causa ao processo. Esta disposição garante a competência legal da autoridade processante, que sentencia os peticionários frente ao Poder Judiciário. Impõe que se o processo é o meio legal para aplicar penas restritivas de direitos e de liberdade física, não é qualquer processo que satisfaz essa condição, mas somente aquele que é presidido por uma autoridade constituída pela lei e que obedece as prescrições por ela explicitadas.

Aliada a esta prescrição, encontra-se no parágrafo 25, do artigo 141: “ É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso, dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”²¹⁹ Desta disposição é possível retirar três elementos distintos, mesmo que interligados: a plena defesa, a nota de culpa e o contraditório. A plena defesa é aquela que como foi dito em outra parte,* pressupõe que o acusado possa levar ao conhecimento do juiz todas as provas que possam desdizer a acusação e concluir por sua inocência. Não que o acusado seja obrigado a provar sua inocência, mas se o quiser, deve dispor de meios mais do que suficientes para isso, como oportunidades para se manifestar em diversos momentos do processo, de pedir a produção de provas que julgar conveniente, de estar presente aos atos processuais, tudo para que sua inocência possa ser reconhecida ou sua pena atenuada.

O contraditório está intimamente ligado à ampla defesa, pois somente exercitando a defesa é que poderá existir contraditório, entendido como debate entre as duas partes. De forma idêntica, não há condenação lícita quando o réu não é ouvido ou teve cerceada a possibilidade de se defender em juízo, com produção de provas, como se manifestou a jurisprudência da época. Ao lado do contraditório também está a nota de culpa, verdadeira notificação do acusado acerca dos motivos que justificaram sua prisão, que deve conter certos elementos como quem ordenou a mesma e quem são as testemunhas do caso. Esta nota é outro requisito legal da prisão, sem a qual pode se tornar arbitrária, pois o preso tem direito de ser informado sobre os motivos que fundamentaram sua prisão. Por último,

²¹⁹ Ibid., p. 226.

* No tópico 2.1.3. é descrito o modelo acusatório que inclui a ampla defesa.

observa-se que estes preceitos se tornam letra morta, quando desacompanhado da publicidade das decisões judiciais, matéria do parágrafo 36, II.²²⁰

Em manifestação de repúdio à recente história política de 1934 a 1945, que registrou um período autoritário no Brasil, os constituintes de 1946 fizeram questão de garantir na Carta Maior a proibição de instalação de tribunais especiais e de exceção, primando pela igualdade dos indivíduos perante a lei. No mesmo artigo 141, parágrafo 26 ditaram: “Não haverá fôro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.”²²¹ Há diferença entre foro privilegiado e tribunais de exceção, já que o primeiro é estabelecido como direito de algumas pessoas, devido ao cargo ou função que exerce ou a benefício fixado por lei. Por outro lado, o tribunal de exceção tem uma definição mais complexa, constatada pela referência a três requisitos: “... é o que se estabelece para determinado caso, ou casos, a) já ou ainda não ocorridos, b) provenha ou não de lei a deliberação de instituí-los (...), c) quer seja novo, ou já existente o órgão ordinário, ou especial, a que se confere o julgar excepcionalmente.”²²² O tribunal de exceção pode ser instituído pelo Executivo ou pelo Legislativo, como jurisdição especial para determinadas questões, pois o que o caracteriza é a destinação de juízes para o julgamento de casos especificados, contrariando a igualdade formal de todos perante a lei, momento em que a justiça especial transfigura-se para a de exceção. Todos tem direito a um juízo comum e este figurou na Constituição de 1946 como um direito individual de *status* fundamental.²²³

Em linhas gerais, estes são os tópicos mais salutares desta Constituição, ao menos no que se destina a importância neste espaço. Foram transcritos de maneira simplificada, apenas para que possam orientar o entendimento da situação jurídica em que se encontrava o Brasil no ano de 1948, ano em que foi assinada a DUDH.

2.1.3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem: a participação do Brasil e as implicações jurídicas

A DUDH, de 1948, foi o primeiro documento adotado pelo Brasil que expressou a presunção de inocência e nisso reside sua fundamental importância assumida neste

²²⁰ “A lei assegurará: II – a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram.”. MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 434.

²²¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit. p. 229.

²²² MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 395.

²²³ Ibid., p. 396.

trabalho, marco introdutório da questão em solo nacional.²²⁴ Firmada esta posição, aproveitar-se-á este espaço para introduzir alguns comentários adicionais sobre o momento histórico vivido pelo Brasil em 1948 e principalmente, sobre as implicações jurídicas da DUDH para o ordenamento jurídico interno de então.

Em 1948, o governo Dutra esforçava-se para fortalecer o país no pós-guerra, o que a par do momento democrático no qual o país vivia, sob a instauração do regime pela Constituição de 1946, fornecia uma atmosfera de tranquilidade para o Brasil. Os partidos haviam voltado à ação com ânimo redobrado devido ao período em que estiveram engessados, procurando se movimentar para recuperar o tempo perdido. Vargas estava afastado no Rio Grande do Sul, onde depois de eleito senador pelo PSD, agremiava trabalhadores sob a legenda do recém instaurado PTB, sua *menina dos olhos*, bandeira que seria levantada a tempo oportuno e, portanto, precisava estar preparada para tanto.

As reformas empreendidas durante o Estado Novo e que organizaram o Brasil sob o centralismo político-administrativo, continuavam sendo implementadas por Dutra. Uma nova onda de perseguição contra os comunistas foi determinada pelo presidente, apoiado pelos militares e por todos os que assistiam atemorizados ao crescimento das atividades e das conquistas do partido no Brasil. Com os meios repressivos em mãos, o governo iniciou sua batalha entre choques de manifestantes com a polícia, quebra de relações com a URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) e outras medidas que marcaram a volta da caçada contra os comunistas. O ato final foi levado a cabo pelos procuradores de Estado, que tomando por base um artigo da Constituição que proibia a participação política aberta de partidos antidemocráticos, impetraram frente ao Supremo Tribunal Federal uma ação contra a atividade legalizada do PCB. A Corte Suprema não titubeou

²²⁴ Ressalte-se, todavia, que antes da DUDH ser assinada em Paris, um documento similar foi confeccionado e assinado pelos países americanos na IX Conferência Internacional Americana, a chamada Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em 02 de maio de 1948, que no Brasil teve o mesmo peso jurídico da DUDH, já que ambas figuram como declarações. ABRANCHES, C. A Dunshee. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1964. p. 89. Em seu artigo XXVI assevera que: “Parte-se do princípio de que todo o acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda a pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflija a penas cruéis, infamantes ou inusitadas.” BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos humanos: instrumentos internacionais e documentos diversos**. Brasília: Senado Federal, 1997. p. 117. Ocorre que pela letra desta declaração, omitiu-se a expressão “presunção de inocência”, apesar de seu conteúdo igualmente assumir uma interpretação da mesma. Preferiu-se adotar neste estudo a redação da DUDH, como documento inicial no Brasil, por ser de valor universal e ser mais corajosa e explicativa na previsão da presunção de inocência, contudo, isto não leva ao desprezo do valor da vizinha Declaração Americana, como pioneira na matéria.

em declarar a perda dos mandatos políticos dos deputados e senadores eleitos do PCB e retirar o partido da legalidade, mais uma vez. Outros movimentos de esquerda, constituído por líderes do movimento trabalhista, tiveram o mesmo fim, foram implacavelmente perseguidos e seus membros, considerados “revolucionários,” foram destituídos da liderança, com intervenção do governo em 143 sindicatos.²²⁵ A oposição de esquerda ao governo Dutra foi praticamente desmantelada e o PTB rapidamente ocupou o espaço deixado pelos comunistas.

Mesmo com um clima nem tão pluralista e tolerante, o quanto poderia sugerir o instante democrático mundial, o Brasil estava presente por ocasião da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, concretizada a 10 de dezembro de 1948, momento em que foi assinada a DUDH.²²⁶ Para tanto, antes desta data foi designada uma comissão presidida por Eleanor Roosevelt, dos Estados Unidos da América, sendo acompanhado do relator Charles Malik, do Líbano, que ao lado de representantes de diversas nações iniciaram seus estudos a partir de um projeto elaborado pelo francês René Cassin.²²⁷ Os trabalhos desta comissão começaram em outubro de 1948, quando se desenvolveram calorosos debates com o objetivo de elaborar uma redação mais apropriada para uma Declaração desta importância, portadora da consciência do momento histórico vivido, instigada pela missão de formar consenso entre todas as nações ali representadas.

O Brasil marcou notável presença, representado pelo insigne Austregésilo de Athayde, indicado pelo então ministro Raul Fernandes como membro da comissão que elaborou a DUDH, com o propósito exclusivo de discutir onze pontos controvertidos, pertinentes ao tema.²²⁸ A atuação de Austregésilo guardou singular importância em todos os debates, seja na proposição de emendas, ou no senso ponderado que expressou em suas intervenções, aliada à labuta incessante pela convergência de interesses e posições tão díspares, como as que estavam em jogo. A vitalidade deste esforço, unido aos demais,

²²⁵ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 94.

²²⁶ LITRENTO, Oliveiros. Op. cit. p. 16.

²²⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.1 p. 822. Ao lado desta comissão foram formadas outras, com o fito de discutir temas comuns às nações ali reunidas.

²²⁸ SANDRONI, Cícero; SANDRONI, Laura Constância A. de A. **Austregésilo de Athayde: o século de um liberal**. Rio de Janeiro: Agir: 1998. p. 460. Na excelente obra, ricamente documentada com fotos, os autores esclarecem que Austregésilo foi secretariado pelo jovem diplomata Egberto Mafra (p. 461), outro elemento da qualificada delegação brasileira, que ainda contava com os nomes de Guimarães Rosa e Antônio Houssais (p. 475).

proporcionou que a DUDH fosse aprovada por unanimidade com 48 votos, apesar de oito abstenções: Ucrânia, Polônia, Iugoslávia, URSS, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, União Sul Africana e Tcheco-Eslováquia.²²⁹ A brilhante participação do delegado brasileiro foi reconhecida por todos os países representados, a ponto de ser aclamado por unanimidade como orador da sessão de aprovação da DUDH. Pronunciando um texto redigido a próprio punho em francês, Austregésilo ressaltou o interesse do Brasil para a afirmação dos direitos humanos no mundo em uma Declaração que ousava retirar da Declaração Francesa de 1789 o que ela tinha de universal, trazendo para a conjuntura histórica presente.²³⁰

Muito se questionou acerca do valor da DUDH no ordenamento interno dos países que foram seus signatários, a fim de medir o grau de vinculação dos mesmos com os preceitos ali instituídos. Qual o nível de obrigatoriedade para os Estados em relação ao conteúdo da Declaração? O que fazer com os Estados que, mesmo depois de assinar a DUDH, nada alteraram em seu ordenamento jurídico interno e continuavam a violar os direitos humanos? Estas indagações foram cogitadas pelos estudiosos de direito público internacional e são de extrema importância para a completa absorção e efetivação da DUDH não só nos Estados que fizeram parte da Assembléia, como em todo o mundo.

Com efeito, importa perceber que a Declaração é uma enunciação de direitos destinada a tutela dos indivíduos e, como tal, não é acompanhada de órgãos fiscalizadores, nem de sanções aplicáveis para o caso de descumprimento. Uma declaração não é comparável a um tratado internacional, porque este é um acordo bilateral, tem força normativa após ser recepcionado pelos Estados partes, incorporando-se definitivamente ao direito interno, no mais das vezes, com hierarquia constitucional. Quando um tratado é desrespeitado, um arsenal de mecanismos pacíficos e conciliatórios, matéria de normas costumeiras e de direito internacional, é acionado para resolver o impasse. Mas, no caso da DUDH, além de não existirem instrumentos fixados anteriormente, que fossem suficientes para coagir os Estados que a assinaram a colocarem em prática o seu conteúdo, há outras peculiaridades que envolvem a situação e que precisam ser esclarecidas.

²²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit. p. 823.

²³⁰ SANDRONI, Cícero; SANDRONI, Laura Constância A. de A. Op. cit. p. 473.

Antes de mais nada, adverte-se que todas estas considerações não podem induzir a crença de que a DUDH é uma mera formalidade internacional, que teve apenas um valor histórico e temporário no pós guerra, enclausurada no seu tempo e circunstância, e que, conseqüentemente, não pesa sobre os Estados nenhuma obrigação de cumpri-la. Veja-se a opinião de Verdross,²³¹ citado por Boson:

La Declaración universal de los derechos del hombre no es obligatoria jurídicamente, sino 'moralmente', puesto que la Asamblea General de la ONU no tiene, em princípio, competência legislativa, y solo puede hacer recomendaciones. Los Estados tienen, pues la obligación moral de reconocer estos principios como pauta de su comportamiento, pero el contenido de los mismos no los vincula jurídicamente. Com lo cual dichos principios carecen, a la vez de las sanciones del derecho internacional común y de la Carta de la ONU.

Portanto, admite-se que a Assembléia da ONU, mesmo declarando sob forma de artigos os direitos do homem, não era um órgão designado e formado para ter competência legislativa internacional e o resultado de seus trabalhos não poderiam vincular juridicamente os países signatários. Este é o primeiro ponto, a Assembléia Geral da ONU não é um órgão legiferante no campo do direito internacional público, foi constituída para outros fins,²³² como para agremiar os Estados depois dos excessos da Segunda Grande Guerra, quando a revolta contra o próprio ser humano dizimou atrozmente milhares de vidas, e para firmar valores relacionados à dignidade humana.

Com este objetivo, a Assembléia histórica quis sustentar a bandeira do valor da vida humana contra a opressão e os assaltos insanos, que porventura pudessem se repetir na história da humanidade. A própria DUDH em seu Preâmbulo, explicita:

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, **pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e**

²³¹ VERDROSS, A. Derecho internacional publico. BOSON, Gérson de Brito Melo. **Internacionalização dos direitos do homem**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. p. 35. Tradução: "A Declaração universal dos direitos do homem não é obrigatória juridicamente, senão 'moralmente', posto que a Assembléia Geral da ONU não tem, em princípio, competência legislativa, e somente pode fazer recomendações. Os Estados têm, pois a obrigação moral de reconhecer estes princípios como pauta de seu comportamento, mas o conteúdo dos mesmos não os vincula juridicamente. Com o que ditos princípios precisam, por sua vez das sanções do direito internacional comum e da Carta da ONU."

²³² A DUDH foi elaborada como parte dos propósitos enunciados na histórica Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945 e em vigor desde 24 de outubro do mesmo ano, por poucos países em meio a Segunda Grande Guerra. A importância fundamental desta Carta é que ela "... rompeu com o princípio de que um Estado podia tratar os seus súditos a seu *exclusivo arbítrio*, substituindo-o pelo *princípio novo* de que a proteção dos direitos humanos constitui uma *questão fundamentalmente internacional*." [grifos do autor] ABRANCHES, C. A Dunshee. Op. cit. p. 61.

internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, [sem grifo no original] tanto entre as povos dos próprios Estados membros, quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição.²³³

Neste Preâmbulo é cognoscível que o caráter da DUDH foi o de estabelecer metas e parâmetros a serem alcançados pelos Estados, que deveriam fomentar o ajuste e a implementação do seu conteúdo, de acordo com seu contexto cultural e jurídico, de maneira a elaborar um suporte particular interno para aperfeiçoar o desdobrar dos direitos humanos. Cada Estado tem suas próprias deficiências e deve encontrar soluções adequadas, sejam jurídicas, educacionais ou culturais, para garantir a efetiva tutela dos direitos e liberdades dos indivíduos e isto deve ser realizado progressiva e incessantemente. Os direitos afirmados na Declaração representam uma meta, a qual todos os signatários se comprometeram a respeitar e a promover sua maximização, o que se traduz não apenas negativamente, quando o Estado se reserva para não oprimir o indivíduo, mas também com uma atitude positiva, priorizando a educação de seus nacionais, de modo a criar uma consciência sobre o significado e importância em proteger os direitos humanos.

Juridicamente, não há nenhuma obrigação para os Estados signatários, pois como foi asseverado, além da Assembléia não ter competência legislativa, não há nenhuma sanção correspondente para o desrespeito dos direitos ali assinalados. No entanto, persiste uma obrigação moral, a qual consiste em um compromisso assumido individualmente pelo Estado, frente a sociedade internacional de Estados e também perante seus nacionais, destinatários e principais interessados em ver realizado o ideal dos direitos humanos.

Mesmo que a DUDH não tenha valor jurídico, mas apenas conste como uma obrigação moral, o fato de ter sido assinada por 48 países distantes não apenas geograficamente, como também cultural, econômica e socialmente, revela que há uma conversão de interesses no seu conteúdo,²³⁴ um *consenso jurídico* sobre a importância de afirmar e tutelar efetivamente seus preceitos. Nisso reside sua maior força jurídica, marco histórico inigualável, em ter reunido países e povos tão diferentes, com objetivos por vezes opostos, em torno da concordância em tutela e promover a observância de 30 artigos, que dizem respeito ao ser humano, seja ocidental ou oriental, rico ou pobre, branco ou negro. Tal força não pode ser desprezada e nem considerada como mera

²³³ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. Op. cit. p. 131.

formalidade, pois indubitavelmente, a DUDH abriu um espaço grandioso para que tais direitos, que se articularam em um documento internacional, firmando nesta esfera sua validade, posteriormente fossem repassados para os ordenamentos jurídicos que regem cada Estado, positivado com força normativa adequada.

Com este intuito, mas seguindo por outro caminho, a consequência mais salutar e direta, propiciada pela DUDH, foi servir de base e de estímulo para que muitos tratados internacionais, esses sim, com força e vinculação jurídicas, fossem celebrados entre os Estados, desdobrando seus artigos e viabilizando sua aplicabilidade prática. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos assinados em 1966, decorreram diretamente da DUDH e implicaram na positivação dos direitos humanos por muitos Estados, que ainda não o tinham feito na sua amplitude. Ambos os pactos estruturaram mais detalhadamente os direitos previstos pela DUDH, aumentando consideravelmente seu alcance jurídico, prevendo maiores implicações dentro dos aspectos antes omitidos. Destes pactos decorreram "... obrigações precisas e imediatas para os Estados."²³⁵, já que depois de ratificados internamente, obedecendo as normas processuais específicas de cada Estado, os direitos ali previstos passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno.

Antes mesmo de 1966, a DUDH foi o fundamento para que outros tratados e convenções internacionais tivessem espaço, como bem expressou Litrento:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo apenas valor jurídico relativo através de artigos ratificados posteriormente por tratados, importa em última, numa mensagem moral. Daí porque os Estados membros do Conselho da Europa assinaram a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aos 04 de novembro de 1950, em Roma. Era a garantia jurídica absoluta do respeito devido aos direitos da pessoa humana.²³⁶

No Brasil, a DUDH inspirou a legislação interna sobre discriminação racial,²³⁷ tratada na Lei Afonso Arinos,²³⁸ que mesmo sendo recentemente modificada,²³⁹ representou na época um avanço dentro dos direitos humanos, notadamente em um pátria

²³⁴ LITRETO, Oliveiros. Op. cit. p. 16.

²³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit. p. 826.

²³⁶ LITRETO, Oliveiros. Op. cit. p. 57.

²³⁷ Cf. BOSON, Gérson de Brito Melo. Op. cit. p. 38; Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit. p. 828.

²³⁸ Id. Lei nº 1.390, de 03 set. 1951.

²³⁹ Id. Lei nº 7.716, de 05 jan. 1989.

que vive em meio a uma diversidade étnica tão dispar, onde a discriminação se expande nos subterrâneos de em terreno fértil. No campo processual a iniciativa da DUDH afirmou o número e a qualidade de muitos direitos dos acusados e condenados presos, que começaram a serem vistos não apenas como inimigos da sociedade, mas antes, como seres humanos, indivíduos que necessitam do respeito dos Estados e da proteção da lei, ao menos para se defenderem e terem direito a uma pena dosada e aplicada em justa medida. A DUDH representou um peso na balança que busca o utópico equilíbrio entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, só que dessa vez para o lado do indivíduo.

Com a previsão no artigo 11, a presunção de inocência passou a ser conhecida e respeitada em todo o mundo, ao menos no esforço idealizado para cada Estado que assinou a DUDH. No Brasil a presunção de inocência, logo depois de afirmada, coexistiu com o Código de Processo Penal de 1942, que não refletia um propósito harmonioso com seu significado, pois se o modelo de Processo Penal requerido pela presunção de inocência é o que, em primeiro lugar, prima pela proteção e liberdade do indivíduo, a codificação brasileira expressamente pendeu para a defesa da sociedade e do Estado, contra a investida dos atos criminosos. Mesmo contendo algumas disposições advindas da moderna experiência européia e declarando adotar meios técnicos avançados, que cercariam o indivíduo de instrumentos apropriados para sua defesa, a codificação brasileira herdou muito da tradição inquisitória e revelou uma notória apatia ao propósito da liberdade física, como regra no decurso processual.

Não cabe aqui uma análise pormenorizada dos detalhes quanto aos métodos preferidos e detalhes das normas do CPP de 1942, como o natural confronto entre prisão e liberdade, ao lado dos meios e ocasiões para que o direito de defesa seja exercido. Todavia, tal empreendimento acaba por ser revelado, ao menos em uma pequena parte, na etapa que segue, onde a jurisprudência dos tribunais superiores será inserida no que tange à presunção de inocência, com vistas a promover um resgate de seu entendimento logo após a assinatura da DUDH.

3.2. Primeiras interpretações da presunção de inocência na doutrina e na jurisprudência: o *in dubio pro reo*

No item anterior foram estudados alguns aspectos da legislação constitucional e processual penal em cotejo com as circunstâncias histórico-políticas que lhe deram

origem, durante a década de 1940, ao lado da inserção da presunção de inocência via internacional, por meio da DUDH, o que reúne informações para o entendimento da etapa que segue. Nesse instante, iniciar-se-á o exame pormenorizado das tendências jurisprudenciais sobre a presunção de inocência no Brasil, após seu reconhecimento através da DUDH, para que seja possível a compreensão do seu significado em solo nacional.

A jurisprudência representa a aplicação prática das normas jurídicas, o resultado final de uma complexa operação de interpretação, de acordo com os critérios técnicos e a mentalidade dos juízes. Nisto reside sua capital importância, pois a jurisprudência é o que dá vida à letra da lei, às normas de interpretação e aos princípios gerais, os quais nada valem quando são desprezados no momento efetivo do deslinde do caso concreto pelo Poder Judiciário. É nas portas desse poder de Estado que vão bater os litígios da vida privada, é também o local onde o Estado se dispõe a cumprir seu propósito de manutenção da paz e da ordem, exercendo o *jus puniendi*, atuando nos limites da lei com respeito e em confronto com o *jus libertatis*. O significado real da presunção de inocência no Brasil somente poderá ser conhecido por meio do recurso ao estudo da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, STF, TFR e STJ onde os dissensos interpretativos são uniformizados, influenciando as instâncias inferiores.

Respondendo a um imperativo de ordem metodológica, esclarece-se inicialmente que o estudo da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre a presunção de inocência dividiu-se em três fases distintas: a primeira entre os anos de 1948 e 1971, a segunda, por sua vez, têm início no ano de 1986 e vai até 1988 e, por fim, a última retoma o final do ano de 1988 e se desdobra até 2000, conforme as tendências jurídicas influenciadas geralmente pelo meio histórico-político e também legislativo.

Adverte-se porém, que foram eleitos alguns pontos principais dentro do vasto campo oferecido pela jurisprudência, pois este espaço não comporta a totalidade de análises que o tema sugere. Assim, alguns aspectos revelados pela jurisprudência e que teriam conexão com a presunção de inocência não serão estudados, seja porque não se fixaram a ponto de influenciar uma interpretação corrente sobre o tema, seja porque ficaram isolados em um número pequeno de decisões, insuficientes para representar uma tendência.

A primeira interpretação registrada para a presunção de inocência no Brasil depois da DUDH, firmada entre os anos de 1948 e 1971, identifica-se com o princípio do *in dubio pro reo*. Na verdade, este entendimento sobreviveu em acórdãos esparsos até o ano de 1980, sendo por vezes retratado até nos dias atuais, mas foi até o ano de 1971 que a tendência se firmou e se repetiu com mais afinco, a ponto de cristalizar uma jurisprudência. Porém, antes de expor a forma e os motivos pelos quais esta tendência foi cimentada, importa comentar mais detalhadamente primeiro sobre o conteúdo do *in dubio pro reo* e sua ligação com outro princípio maior, o *favor rei*, para depois colocar ambos face à presunção de inocência.

3.2.1. O *in dubio pro reo* e a dúvida sobre a culpabilidade

O processo penal tem início quando há indícios ou provas suficientes para sustentar não apenas a existência de um crime, dito como violação da norma penal, como também as sérias suspeitas de que uma determinada pessoa foi a autora deste ato criminoso. Estes indícios e provas agregam motivos de fato e de direito, que em conjunto instauram uma *dúvida* acerca da materialidade e da autoria do crime, que serão resolvidos durante o processo penal e é por este motivo que o mesmo é iniciado. Com efeito, o processo tem início com fundamento em uma dúvida e todos os atos processuais em que participam as partes e o juiz, objetivam dissipar a mesma, trazendo elementos que contribuam para a formação da convicção do juiz, para que este possa expressar sua *certeza* na sentença, seja absolvendo ou condenando o acusado.

Portanto, quando o juiz tem a certeza de que o acusado cometeu o delito, ele o condena, impondo ao mesmo a aplicação de uma pena e, contrariamente, quando tem certeza de que o acusado não cometeu o delito em questão, o absolve, livrando-o de qualquer imposição legal. O processo existe em volta da dúvida e tem como fito resolvê-la completamente com a pronúncia da sentença mas, e quando o juiz, mesmo em face dos elementos trazidos pela acusação e pela defesa, ainda não sabe ao certo se o acusado cometeu ou não o delito? O processo penal como um todo é preparado para o momento ápice de afirmação da certeza dos fatos na sentença, una e soberana, que versa ou sobre a culpa ou sobre a inocência do acusado, mas como proceder quando a dúvida que movimentou a máquina processual não foi esclarecida, mesmo com os francos esforços da acusação e da defesa? A história do Processo Penal mostra que duas soluções foram tecnicamente criadas para resolver os casos de incerteza fática: deixar o assunto sem

decisão, aguardando que novos elementos sejam apresentados para desfazer essa incerteza ou, em uma segunda fórmula, determinando diretamente o sentido da sentença nos casos de incerteza.²⁴⁰

O modelo de processo penal instaurado após a Reforma Penal, trouxe uma nova perspectiva para as situações nas quais o juiz não pudesse afirmar a certeza dos fatos, atuando principalmente sobre a absolvição, que antes precisava da prova absoluta da inocência, impondo-a agora também, quando houvesse dúvidas fundadas sobre a culpabilidade no momento da sentença. Ou seja, no caso de dúvida, impõe-se a absolvição do acusado. A par disso, extinguiu a suspensão do processo por falta de provas e sua conseqüente retomada posterior, obrigando o juiz a determinar a sentença final sobre o caso depois de cumpridas as etapas processuais. Estas medidas conduzem ao ressurgimento do *in dubio pro reo*, oriundo do embrião existente na Grécia antiga e estruturado no Direito Romano, onde prevalecia a máxima *actore non probante, reus absolvitur*, margeando a expressão em várias passagens do Digesto.²⁴¹ A regra do *in dubio pro reo* estabelece que em casos de dúvida a sentença deve sempre favorecer o acusado e se consubstancia diretamente como regra de solução técnica, estruturada sob forma de um princípio geral de direito.

A simplicidade da questão é dissipada pelo fato da regra do *in dubio pro reo* prescrever a absolvição de um acusado sobre o qual ainda pairam sérias dúvidas acerca de sua inocência, ou seja, corre-se o risco de absolver um culpado. Todavia, isso naturalmente se resolve em um ordenamento jurídico que prima pelo valor do indivíduo e de sua liberdade, sobreposto aos interesses do Estado. Para a concepção que rege este ordenamento, é preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, o Estado assume a responsabilidade sobre a dúvida. Vê-se que a aplicação do *in dubio pro reo* pode ser estendida ou restringida, conforme a concepção política adotada pelo Estado.

²⁴⁰ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madri: La Ley, 1993. p. 201. O autor cita outras soluções que foram utilizadas pelo direito eclesiástico, em que o acusado contribuía nos casos de incerteza, jurando que era inocente, ocasião em que era liberado da acusação (*purgatio canonica*). Os procedimentos inquisitórios realizados antes da Reforma Penal do século XVIII, utilizavam os suplicios para resolver a dúvida através da confissão do acusado, ou aplicavam uma pena menor do que seria a aplicada caso tivesse sido provada a acusação. Por fim, optavam pela absolvição do acusado, mas com a garantia de que o processo poderia ser reaberto para julgar o mesmo crime, se surgissem novas provas ou indícios.

²⁴¹ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: LEUD, 1995. p. 66.

O livre convencimento judicial é uma peça chave na aplicação do *in dubio pro reo*, pois somente um sistema que contempla a liberdade do juiz para apreciar as normas pode fazer uso da regra técnica de decisão em caso de dúvida. No sistema anterior, o juiz era preso a um conjunto de indícios e presunções legais, que retiravam o âmago da questão decisória de sua órbita de convencimento, restando para ele a aplicação destes pressupostos no caso concreto. O peso vinculativo desses elementos era tão forte, que depois de enfeixados, tornava-se muito difícil a sustentação de dúvidas sobre a culpa do acusado. Pelo sistema mais recente, o juiz valora cada prova lícita que foi apresentada conforme o seu arbítrio e prudência recomendarem, desde que motive e justifique sua decisão.

Boa parte da doutrina toma como partida a teoria do ônus da prova, de farta utilização no processo civil, para orientar o tratamento da incerteza judicial na sentença penal. Todavia, muito se discute acerca da existência de ônus da prova no processo penal, já que este dista em muitos pontos do civil e ambos não podem ser agrupados sob o mesmo prisma, pois cada tipo de processo guarda uma finalidade particular. Tecnicamente, por ônus da prova entende-se a distribuição de encargos probatórios no decorrer do processo, geralmente discriminados em lei. Isto atuaria no momento em que o ônus da prova fosse da acusação, aplicando o *in dubio pro reo* em favor do acusado. Entretanto, a aceitação do ônus da prova dentro do processo penal é discutível, senão veja-se três razões que corroboram esta assertiva.²⁴²

Em primeiro lugar, enquanto no processo civil o juiz não se envolve na produção de provas, ocupando uma posição mais receptiva, no penal vigora o princípio da livre investigação, no qual o juiz se envolve diretamente com a produção de provas, na busca da verdade substancial ou processual.²⁴³ Ou seja, a atividade probatória não é restrita às

²⁴² Fatores sustentados por TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 204 e 205.

²⁴³ O conceito de verdade dentro da perspectiva processual é de extrema importância, pois nela está centrada um dos vértices da legitimidade da atividade jurisdicional. O processo, teoricamente, define-se como um método legal para a descoberta da verdade e se esta não é satisfatoriamente alcançada, suas decisões não tem fundamento suficiente para serem aceitas pelas partes e pela sociedade, de modo que sua aplicação perde em legitimidade e credibilidade. Afastando desde já a verdade real, o conceito de verdade aceito nessas linhas é o de **verdade processual**, que atua sobre dois critérios: verossimilhança e probabilidade, aliados a uma visão de processo que opta pelo indivíduo em contrapeso com a defesa da sociedade e que por isso, determina-se como um meio de maximizar os direitos e garantias a ele relativos, como: devido processo legal, publicidade interna e externa, contraditório e ampla defesa, sempre com vistas à liberdade individual. Forma-se daí uma verdade argumentativa, sujeita à provas e contraprovas, analisadas por um juiz imparcial que conduz as investigações. Mesmo sugerindo artificialidade, esta verdade é a única capaz de operar dentro do processo, pois pode ser verificada por todos, além de repudiar a mitificação construída em torno da verdade real. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo**

partes, mas pode ser de iniciativa do magistrado, que se envolve diretamente no processo com objetivo de esclarecer a verdade dos fatos, recolhendo as provas que possam ser acolhidas dentro das regras de direito, delimitadas pela Constituição e pela lei processual, com respeito aos direitos individuais. Por outro lado, o órgão de acusação no direito brasileiro não está restrito à mera incumbência de acusar, mas de promover a justiça, requisitar também a absolvição e velar pelo reconhecimento da inocência, quando o conjunto probatório assim o indicar. Este aspecto desestrutura a implicação do ônus da prova, inclusive como uma tarefa que é dividida entre as partes.

Um segundo aspecto está em que a aceitação do ônus da prova, implicaria na distribuição legal da incumbência probatória para as partes, o que poderia trazer para o âmbito do processo penal as presunções legais, chamadas *iuris tantum* por admitirem prova em contrário. Estas poderiam operar contra o acusado como verdadeiras presunções de culpabilidade, já que imporiam para o indivíduo a tarefa de produzir a contraprova. A produção de contraprova é bem vinda no processo penal, mas de forma espontânea, quando for da vontade e da possibilidade do acusado em fazê-la. O processo deve oferecer sempre ao acusado essa oportunidade e os instrumentos para tanto, mas não pode coagi-lo a fazer, sob pena de infringir o modelo acusatório de Processo Penal, como também violar expressamente a presunção de inocência como regra de juízo. A presunção de inocência é contrária à admissão de presunções legais, não porque seja uma presunção em sentido técnico, mas porque, quando entendida como *regra de juízo*, destina ao órgão de acusação a incumbência de provar a culpabilidade do indivíduo, pois este não pode ser obrigado a fazê-lo. Sob esse prisma presunção de inocência é oposta às presunções legais, ao ônus da prova atuando dentro do processo penal.

Por fim, a terceira razão está na própria concepção do *in dubio pro reo*, pois independentemente de quem produziu a prova, se o seu conteúdo for incerto, a decisão sempre deverá privilegiar o acusado. Supondo que parem dúvidas acerca de uma prova realizada pelo próprio acusado, o princípio continuará a vigorar. Mesmo que haja ônus da prova, o caráter da decisão em casos de incerteza será de maneira a beneficiar o indivíduo e não os interesses do Estado, ou do órgão de acusação. Independente da dúvida recair sobre fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos de direitos, alegados pela acusação,

pela defesa ou mesmo pelo juiz, o *in dubio pro reo* poderá regular a situação em prol da solução que atue em favor do acusado.

Em face desses argumentos, a aceitação do ônus da prova para o processo penal acarreta, em certa medida, a violação expressa da presunção de inocência e não tem amplo aproveitamento para nortear a aplicação do *in dubio pro reo*, fatores que reunidos ao modelo acusatório, afastam a vigência do ônus da prova nesta disciplina. Não obstante, reconhece-se que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe exclusivamente ao órgão de acusação, já que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas que deponham contra sua inocência, nem tampouco refutar as provas apresentadas pela acusação, regras que compõem o chamado **direito ao silêncio**. E isto por força da própria presunção de inocência, enquanto regra probatória ou de juízo, a qual retira estes deveres do indivíduo e os coloca sob a órbita de responsabilidade da acusação, o que, por si, não pode induzir a crença na vigência do ônus da prova em matéria penal.

2.2.2. *Favor rei* e *in dubio pro reo*: a opção pelo indivíduo

O princípio do *favor rei* é a marca da legislação processual penal produzida pelo Estado que é orientado pelo respeito a supremacia da liberdade individual, como sucedâneo lógico do acolhimento da democracia, não apenas como regime de governo, mas como aspecto material das normas punitivas. Tanto é assim, que o *favor rei* é sumariamente desprezado nos regimes autoritários de Governo, em que uma visão política egoísta e discriminatória toma a regência das relações entre os indivíduos e o Estado.²⁴⁴ O *favor rei* atua aliado ao *in dubio pro reo*, em defesa da liberdade individual, mas possui um âmbito de aplicação diferenciado deste.

O *in dubio pro reo* configura-se como uma regra técnica, criada para solucionar os casos em que o juiz não está convicto sobre a realidade dos fatos, de modo que não pode concluir nem pela culpa, nem pela inocência do acusado. O *in dubio pro reo* atua em prol da liberdade do acusado, já que o estado de dúvida do juiz o aproveita, instituindo um modelo de processo que marca a opção pela defesa dos direitos individuais. A dúvida pode ocorrer também no que versa às questões de direito, quando no momento de fazer a interpretação da norma, duas posições díspares são possíveis e adequadas para realizar

²⁴⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e de processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974. p. 296.

sua aplicação prática. Para orientar estes casos, fala-se no princípio do *favor rei*, como método de escolha da interpretação que será levada a cabo para a aplicação da norma ao caso concreto.

O *favor rei* é, portanto, uma regra de interpretação da norma penal e processual penal, que se junta às demais regras deste naipe para solucionar os casos de dúvida quanto ao sentido e extensão da norma. Nem sempre a norma legislada tem um entendimento fácil e claro, ocorrendo circunstâncias em que sua complexidade ou dubiedade, leva a incerteza quanto ao seu âmbito de aplicação, dando causa a verdadeiras antinomias interpretativas. Todavia, o *favor rei* nem sempre acompanha o mesmo sentido que as outras regras de interpretação oferecem, **pois implica na interpretação que mais beneficia o réu**, primando pela sua liberdade individual.

Como o *in dubio pro reo*, o *favor rei* também é aproveitado no trabalho do magistrado, ao qual cabe a decisão não apenas do julgamento da inocência ou da culpabilidade do indivíduo no caso apresentado, mas também sobre a interpretação da norma penal e processual que serão aplicadas para este fim. Salienta-se porém, que o *favor rei* não se confunde com o *in dubio pro reo*, o primeiro surge como gênero maior do qual o segundo deriva, pois ambos convergem no mesmo ponto: **o indivíduo**, diferenciando-se apenas no momento de aplicação e no grau de abrangência. O *favor rei* é mais amplo e dirige-se para a interpretação do conteúdo da norma processual e penal, já o *in dubio pro reo* se restringe à aplicação nas decisões durante o processo, em que a certeza sobre a realidade dos fatos não é conclusiva o suficiente para fundamentar uma condenação ou uma absolvição plena.²⁴⁵ Enquanto um se dirige à norma, o outro se relaciona com os fatos, mas ambos elegem inequivocamente o indivíduo e nisso posam como força motriz de um modelo político de legislação constitucional e processual, refletindo sua força e sua influência por todo o conjunto normativo processual penal.

2.2.3. *In dubio pro reo* e presunção de inocência: contrapontos e concordâncias

O *in dubio pro reo* consiste em uma regra de decisão que opta pelo indivíduo e nisso está seu elo principal com a presunção de inocência, que toma idêntico partido. Por ser aplicável como uma regra para dirimir os casos de dúvida no momento da sentença, nos quais juiz não está convicto acerca dos fatos alegados no processo, o *in dubio pro reo*

²⁴⁵ Ibid., p. 300.

pertence ao significado de **regra probatória ou de juízo**, um dos vértices da presunção de inocência. Mesmo aparentemente clara, tal aproximação gera controvérsias doutrinárias, principalmente no que toca ao conteúdo da decisão judicial.

O juiz aplica a regra do *in dubio pro reo* porque já exauriu todos os métodos para esclarecer a verdade dos fatos, já investigou e avaliou todas as provas detidamente, de modo que lhe resta apenas esta solução, a qual implica em uma decisão artificial. O artificialismo do *in dubio pro reo* é detectado no dispositivo da sentença, do qual o conteúdo pode indicar dois caminhos: absolvição por falta de provas e absolvição pela declaração da inocência. As duas formas literais se assemelham e podem até parecer idênticas em resultado, mas é o detalhe entre ambas que faz a diferença e gera controvérsias.

Quando o réu é absolvido por falta de provas, a sentença final não declara sua culpabilidade, tampouco sua inocência, somente afirma que da análise do material probatório sobressaíram muitas dúvidas, de modo que isto conduz a absolvição do acusado, sob o imperativo do *in dubio pro reo*. Esta sentença é diferente das demais, porquanto a condenatória se funda na culpa e a absolutória na inocência, ela vem coroar a dúvida com a absolvição. Na Itália esta fórmula foi difundida como *dubiativa* e gerou acirradas discussões doutrinárias pelas conseqüências que derivava.²⁴⁶

A principal e mais discutida conseqüência da absolvição por falta de provas é a dúvida, que macula e estigmatiza o indivíduo não só sua vida pessoal, como também em sociedade, no trabalho, perante seus amigos e a família. Esta dúvida é dirigida contra o acusado, que teria em determinado momento violado a lei e praticado um crime, recebendo como conseqüência direta a pecha de suposto criminoso. Torna-se interesse capital, primeiro do indivíduo e depois de toda a sociedade, ver reconhecida pelo poder de Estado sua culpa ou sua inocência, decisão que não pode ser negada, sob pena de eternizar um estado de dúvida sobre o imputado, que terá toda a sua vida e memória subjugada por este *status*. Antes culpado, “merecedor” da pena e das profundas

²⁴⁶ GUIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di “non colpevolezza” e formula dubiativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, n. 17, v. 1, p. 72-101, 1974. A discussão era procedente no Código de Processo Penal de 1930, antes da vigência da atual codificação processual penal italiana, que impunha dois tipos de absolvição: uma por falta de provas e outra por inocência. A maior parte da doutrina julgava que tal dispositivo do Código era incompatível com a presunção de inocência, mesmo na fórmula da Constituição italiana de 1946.

consequências sociais, do que eterno acusado,²⁴⁷ absolvido por falta de provas, absolvido por incompetência do método judicial para estabelecer uma verdade comprovável de sua culpa, absolvido por uma fórmula artificial que se impôs, **mas nunca absolvido por ser inocente.**

Aqui reside a maior diferença entre a forma de decidir os casos de incerteza judicial pela presunção de inocência e a forma que *pode ser* aplicada através do *in dubio pro reo*. A primeira sempre afirma que o acusado, cuja culpabilidade não se conseguiu provar, será sempre declarado **inocente**, enquanto que a segunda pode resolver o caso com esta declaração, mas geralmente se faz acompanhar da justificativa da absolvição **por falta de provas**. Veja-se a distinção nas palavras de Vegas Torres:

La diferencia entre una y otra solución tiene consecuencias prácticas. El ‘in dubio pro reo’ permite distinguir dos clases de absoluciones: las producidas en aplicación del ‘beneficio de la duda’, por un lado, y las derivadas de la certeza de la inocencia obtenida dentro del proceso, por otro; **la presunción de inocencia no permite tal distinción:** [sem grifo no original] todas las absoluciones descansan en la certeza de la inocencia del acusado.²⁴⁸

Não é necessário que a fórmula dubiativa esteja prevista literalmente na legislação processual penal, para que as sentenças que empregam o expediente técnico do *in dubio pro reo* ofendam a presunção de inocência. Tudo depende das palavras que o juiz utilizou para selar a decisão final, pois se estas sublinham que o acusado só foi absolvido por total insuficiência de provas, sem destacar que isto leva a declaração da inocência, o dispositivo da sentença de mérito está violando a presunção de inocência, porque permite que a dúvida persista e estigmatize o indivíduo por toda a sua vida.

Por outro viés, a reflexão sobre o alcance da presunção de inocência como regra probatória e de juízo, leva a considerá-la como solução apta a resolver todos os casos de

²⁴⁷ O notável Francesco CARNELUTTI, citado por VEGAS TORRES, em outros tempos, expressava seu inconformismo com a fórmula dubiativa na legislação italiana, pois a mesma: “... no es sino una renuncia a la elección: y por ello pone de manifiesto... el fracaso de la administración de la justicia. Entre el sí y el no, el juez, cuando absuelve por insuficiencia de prueba, confiesa su incapacidad para superar la duda y deja al imputado en la condición en la que se encontraba antes del juicio: imputado para toda la vida” CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 209. Tradução: “... não é senão uma renúncia a uma eleição; e por ele põe em manifesto... o fracasso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de prova, confessa sua incapacidade para superar a dúvida e deixa o imputado na condição em que se encontrava antes do juízo: imputado por toda a vida.”

²⁴⁸ Ibid., p. 209. Tradução: “A diferença entre uma e outra solução tem consequências práticas. O *in dubio pro reo* permite distinguir duas classes de absolvições: as produzidas com aplicação do ‘benefício da dúvida’, por um lado, e as derivadas da certeza da inocência obtida dentro do processo, por outro. A presunção de inocência não permite tal distinção: todas as absolvições descansam na certeza da inocência do acusado.”

incerteza judicial no decorrer do processo penal. Ou seja, a própria regra do *favor rei* está abrigada pela presunção de inocência, já que esta também revela seu valor para os casos de incerteza quanto a interpretação das normas penais e processuais, independente de qual o convencimento subjetivo que o juiz tenha feito sobre a mesma.²⁴⁹ A dúvida na avaliação de qualquer prova processual deve ser sanada com o recurso à presunção de inocência. Exemplo disso ocorre quando o juiz está intimamente convicto da culpa do acusado, mas tal certeza não encontra lastro no conjunto probatório. Neste caso a presunção de inocência age com muito mais propriedade, porque não está adstrita a limitações, mas atua para dirimir fatos e direito, fornecendo a convicção de falta de provas que se prendia ao *in dubio pro reo*, pela certeza da inocência.

Com este argumento, poder-se-ia supor que a presunção de inocência também agrega uma alta dose de artificialidade, visto que impõe uma inocência que não é sentida pelo juiz. Entretanto, tal alegação não procede, bastando entender o próprio significado da sentença condenatória e de seus requisitos, face a necessidade de prova inequívoca da culpa, com rígida âncora em provas de fatos e com silogismo estruturado no direito, forte o bastante para ultrapassar a dúvida que marca o processo e, só assim, vencer a presunção de inocência.

A presunção de inocência não é um frágil artifício técnico para resolver os casos de incerteza judicial e por fim ao processo, mas afirma a inocência do acusado, porque sua culpa não está demonstrada. Opera uma verdadeira certeza, que substitui totalmente as dúvidas sobre os fatos expostos pela acusação, sobre as provas produzidas pelas partes (seja da acusação ou da defesa) e sobre o sentido da norma penal e processual penal aplicada ao caso concreto. A inocência é a regra dentro do processo, é o *status* natural e universal do acusado e não pode ser colocada em xeque pela dúvida que se encontra nas linhas acusatórias, só pode ser suprimida em meio as garantias de publicidade, contraditório, ampla defesa e demais condições que permitem a formação de uma verdade processual, que pode ser constatada licitamente por qualquer cidadão, para então o juiz encontrar subsídios suficientes e, com base nos elementos fixados pelas normas jurídicas, decretar a condenação. Esta sim, soberana sobre a presunção de inocência, capaz de suspender o *status* de inocente do acusado, para impor uma pena que vai atingir seus direitos e sua liberdade individual.

²⁴⁹ Ibid., p. 211.

De todo o exposto, nota-se que o conteúdo da tradicional e secular da regra *in dubio pro reo* está inserido na presunção de inocência, desde que sua resposta seja não apenas para a absolvição e liberdade do indivíduo, mas, muito além, para a declaração de sua inocência.

2.2.4. Presunção de inocência e *in dubio pro reo*: o caso brasileiro

Depois de 1948, com a adesão brasileira à DUDH, a presunção de inocência foi inserida no ordenamento jurídico, mesmo sem força normativa constitucional ou processual, mas como princípio geral de direito, como ideal a ser atingido e reiterado pela política criminal pátria. Porém, nunca é demais advertir, quando a presunção de inocência foi inserida no Brasil, via DUDH, encontrou aqui um CPP recém editado e uma Constituição reintegradora de princípios democráticos, em uma atmosfera pós autoritária, gerada pela ditadura Vargas. Porque não tinha força jurídica obrigatória, a presunção de inocência, à primeira vista, não causou nenhuma instabilidade nas normas vigentes, tendo que conviver, nem sempre de forma pacífica, com dispositivos incongruentes com sua natureza e significado, estes cultivados longamente na história política e na doutrina estrangeira. Todavia, o que impõe a inclusão do período pós 1948 nesta pesquisa, além da designação da DUDH, é a identificação entre o *in dubio pro reo* e a presunção da inocência concebida pela jurisprudência, como será adiante visualizado. Ou seja, por vezes, a presunção de inocência foi lembrada e sustentada pelos Ministros que compunham os tribunais superiores, para a decisão de casos concretos, o que leva a sua consideração neste período.

Nesse tópico, a meta será expor de forma concisa a primeira interpretação que a presunção de inocência conheceu no Brasil, depois de 1948, que foi interiorizada no *in dubio pro reo*. Observa-se que o *in dubio pro reo* era matéria conhecida no Brasil de longa data, desde o período anterior ao CPP, por estar previsto na consolidação das leis penais.²⁵⁰ Fazia parte da tradição jurídica processual brasileira aceitar a formalização da culpa somente depois de amplamente corroborada pela provas dos autos, quando a fragilidade das provas levava a absolvição.* Na jurisprudência dos tribunais superiores a presunção de inocência ligada ao *in dubio pro reo* foi a marca que se cumpriu com muito

²⁵⁰ MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 105.

rigor até o início da década de 1970, persistindo depois da Constituição Federal de 1988, que positivou a presunção de inocência como princípio constitucional. Percebe-se, portanto, que identificar a presunção de inocência com o *in dubio pro reo* ainda é prática corrente, mas o exame dos acórdãos aqui examinados alcançam o início da década de 70, porque são suficientes para refletir a tendência.

As disposições relativas à disciplina da sentença no CPP brasileiro, pretendiam que o *in dubio pro reo* tivesse sua aplicação restrita a casos bem definidos, colocando limites à tradição processual já firmada, que há muito havia se rendido aos benefícios da sua aplicação nos casos de dúvida. Ao menos, tal foi a pretensão de Francisco Campos, que ao redigir a exposição de motivos do CPP de 1942, assim enfatizou: “É restringida a aplicação do ‘in dubio pro reo’.”²⁵¹ Com efeito, o Ministro da Justiça foi coerente em sua assertiva, afinal estava em sintonia com o pensamento firmado no CPP, que imprimia como meta um rigoroso combate contra o que foi definido como um “mal avisado favorecimento legal aos criminosos”,²⁵² de maneira que a citada restrição não poderia significar mais do que uma consequência lógica.

Dessa forma, o CPP possibilita a aplicação da regra técnica nos limites do artigo 386, que ao se referir aos casos em que se impõe a absolvição do réu, expressa no inciso VI: - “não existir prova suficiente para a condenação.”²⁵³ O laconismo do CPP transmite o que a exposição de motivos já preconizava, a restrição do *in dubio pro reo*, visualizado aqui como medida excepcional, consequência da constatação de que não há provas de que o acusado violou a lei, de forma que a condenação não pode ser decretada. Nesse raciocínio, veja-se como se expressa um dos importantes colaboradores das formulações doutrinárias de então, que inclusive foi participe na elaboração do projeto do CPP:

O legislador – e aí está a exposição de motivos – deixou bem claro que, enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação e da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o ‘in dubio pro reo’ ou o ‘non liquet’. (...) Ficará em dúvida se quiser, se constitucionalmente hesitante e tímido. Agora, o juiz,

* Com exceção do período em que esteve vigente o Tribunal de Segurança Nacional, o qual inverteu a presunção de inocência como regra probatória, criando a presunção de culpabilidade, a qual devia ser vencida pelo réu com provas. Vide no capítulo anterior, nota n.184.

²⁵¹ BRASIL. Exposição de motivos do código de processo penal. Decreto-Lei nº 3.689... Op. cit. p. 06.

²⁵² Ibid., p. 06.

²⁵³ Ibid., p. 67.

preside mesmo à instrução, mandando ouvir testemunhas não arroladas e determinando outras provas, inclusive pericial.²⁵⁴

A previsão de um juiz mais ativo e diligente foi a instituição que melhor moldou a legislação processual de 1942, garantia de que a certeza e a verdade seriam buscadas até o fim, impedindo que as dúvidas persistissem. De maneira que o *in dubio pro reo* ficou mesmo relegado a casos extremos de dúvida, onde a única alternativa que restava era absolver, porque todas as formas de se comprovar os fatos acusados naufragaram. Por outra banda, o *in dubio pro reo* ficou adstrito à sentença, como aliás é próprio de sua definição, o que excluiu, ao menos na legislação, a previsão do *favor rei*.

Veja-se que o Código é muito claro, arrola como causa para a absolvição a insuficiência de provas para fundar uma condenação, mas em momento algum alega que a inocência é a base principal de tal medida. A mácula da fórmula que silencia a respeito da inocência, resignando-se a afirmar a absolvição, persiste como foco de inspiração para as sentenças que não ousaram concluir pela culpa do acusado, mas que também não consideram isso como prova de sua inocência, antes reputam como falha do regime legal ou da atividade acusatória do Estado. Uma sentença que vem afirmar a dúvida sobre a conduta do indivíduo, ou sobre a verdade dos fatos propostos pela acusação, contribui para que o estado de acusado permaneça, sob o manto da absolvição. É diferente da sentença que reconhece não haver verdade sobre os fatos imputados contra o acusado, que então é proclamado inocente.

A clareza do Código traspassou para o conteúdo dos julgados, que em sua totalidade afirmam o *in dubio pro reo* depois de concluir pela permanência da dúvida sobre a culpa do acusado, fulcrada na inconsistência das provas, que não concedem o suporte adequado para a condenação. Veja-se como expressou o Ministro Aguiar Dias sobre o tema:

Para a condenação é necessária prova cumprida, prova plena, prova suficiente, não bastando meros indícios que podem robustecer a acusação e podem, também, estar completamente desligados dos fatos criminosos. Em contraposição, surgem indícios e circunstâncias capazes, por seu lado, de mostrar que o apelante não estava envolvido nos fatos, como a sua ausência do local.²⁵⁵

²⁵⁴ LIRA, Roberto. Aspectos do problema da prova penal. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.160, p. 35-38, 1955.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. "Se a sentença assinala que nada ficou provado contra o réu, não pode condená-lo por crime de falso só pelo fato de ser ele dono do estabelecimento em que teria ocorrido o delito." Apelação n. 651. Relator Ministro Aguiar Dias. 12 nov. 1958. *Revista Forense*, Rio de

Nesse processo pesava sobre o acusado a imputação de falsificação de selo, motivado em apenas dois argumentos probatórios: ser ele excelente desenhista, o que contribuiria para a confecção falsa, e ser dono do estabelecimento onde os objetos apropriados para a falsificação foram encontrados. Foi sobre esses argumentos que as mentes da acusação fundaram a culpa do acusado e pretenderam sua condenação. Nada mais poderia sugerir a fragilidade do conjunto probatório, ponto de apoio para as palavras citadas pelo então Ministro relator.

A controvérsia em torno da veracidade dos fatos, gerada pela colisão dos depoimentos de testemunhas e do acusado, também era capaz de suscitar dúvidas sobre a culpabilidade, culminando pela declaração da absolvição, estribada na presunção de inocência. Em outro caso, o indivíduo foi acusado de descaminho, por ter sido encontrado carregando garrafas de bebida italiana, no cais do porto. Como o acusado era policial alfandegário, alegou que havia apreendido a mercadoria com outra pessoa, que por ter fugido, escapou do flagrante. Levava as garrafas para entregá-las à autoridade superior e relatar o ocorrido, quando foi interpelado por outro policial, que lhe imputou o descaminho. Com duas versões opostas, a par de laudos e outras provas, leia-se o argumento final do voto do Ministro Raimundo Macedo, que convenceu os colegas: “Nos meandros do Cais do Porto há muita intriga e ninguém sabe até onde chega a verdade nas afirmações contidas neste processo. Diante dessa dúvida, absolvo o réu.”²⁵⁶ Fundado nisso, redigiu-se a ementa: “Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo o favor milita a **presunção de inocência**.” [sem grifo no original].²⁵⁷

Apesar da menção expressa ao princípio, nota-se que em momento algum do julgamento se afirmou que o acusado era inocente, somente se impôs a absolvição alicerçada na dúvida em torno da veracidade do acontecido, na improbabilidade dos fatos serem verídicos, revestindo-a da presunção de inocência. Percebe-se nitidamente que a expressão *presunção de inocência* está literalmente substituindo o *in dubio pro reo*, de maneira que ambos são considerados como sinônimos. Ignora-se, no entanto, que a

Janeiro, v. 187, p. 323-327, 1960. Outra decisão no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Não existindo prova suficiente do crime de descaminho, deve ser confirmada a decisão absolutória.” Apelação n. 710. Relator Ministro Ribeiro Alves. 29 maio 1959. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 286 e 287.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 731.. Relator Ministro Raimundo Macedo. 18 ago 1959. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 186, p. 317, 1959.

presunção de inocência insiste em afirmar que o acusado é inocente, não se contentando com a mera absolvição por insuficiência de provas.

Por outro lado, a falta de rigor técnico dos laudos periciais ou simplesmente a sua inexistência também era justificativa para a absolvição, pois a materialidade do delito ou a prova de sua existência configurava-se como elemento essencial para uma condenação incontestável. A responsabilidade penal do acusado deveria ser certa, pois a partir do momento que dúvidas pairassem sobre sua sanidade mental, por exemplo, a certeza da culpa estaria comprometida e as desconfiças somente poderiam ser dissipadas com o laudo médico apropriado, sem o qual as considerações judiciais perdem o valor.

Caso semelhante ocorreu com um indivíduo acusado de portar material apropriado para a falsificação de moeda, junto a algumas notas falsas, que o mesmo estava tentando trocar por uma passagem na rodoviária. Interessa observar que o juiz primário percebeu que o acusado “... por tudo denota ser abobalhado...” mas, julgou por si próprio, que este era um ardil do acusado para se safar da condenação, pois o mesmo era reincidente específico, ou seja, outrora havia sido condenado pelo mesmo crime. Foi desta observação que o magistrado retirou que sua insanidade mais sugeria ser uma “... atitude de aparência de deficitário mental (o que) não é o bastante para excluí-lo da condenação.”²⁵⁷ O erro do magistrado foi verificar a mera possibilidade do acusado ser inimputável ou semi imputável, e não tomar a iniciativa de submetê-lo a um exame de sanidade mental, único meio capaz de aferir se o acusado era doente ou se fingia ser. Antes disso, julgou dispensável o exame e condenou o indivíduo às penas da lei, como se imputável fosse, diante de provas de autoria e materialidade do delito.

Em grau de recurso o erro foi constatado na seguinte advertência: “Há casos e assuntos em que, nós juristas, por mais atilados que sejamos, sem o socorro da atuação de especialistas, nunca deixamos de ser leigos em determinados problemas, como nesse critérios para a certeza tocante à responsabilidade.”²⁵⁸ Nada mais cabia aos juizes senão absolver o acusado da imputação, sanando o erro através da única medida cabível e irremediável. Entretanto, as palavras usadas na argumentação do relator valem a pena serem transcritas, pela singularidade que revelam:

²⁵⁷ Ibid., p. 316.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 452. Relator Ministro Artur Marinho. 22 ago. 1956. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 181, p. 335-338, 1959. p. 335.

²⁵⁹ Ibid, p. 336.

Escapará o criminoso à punição, o que talvez aconteça. Mas, em face das graves falhas da apuração de responsabilidade, não se arriscará a Justiça a um erro judiciário conservando em prisão um acusado já preso há mais de um ano e por força de um processo como o que aqui nos chega. Salvam-se as garantias que o regime promete ao homem acusado de crime (art. 141, § 25, da Constituição). E mais uma vez se ostenta a paremia segundo a qual é preferível deixar impune um criminoso do que condenar a um inocente, mesmo, como aqui, um **inocente formal**. [sem grifo no original] Inocente no sentido de não ter ficado segura sua responsabilidade criminal pelos fatos criminosos que cometeu, aliás com uma singularidade de insano.²⁶⁰

O relator denominou o acusado de inocente formal, por ser aparentemente culpado pelos fatos, mas inimputável perante a lei. Ao citar a Constituição, referia-se à Carta de 1946, provavelmente no que reporta à garantia da ampla defesa, que foi desprezada pelo desleixo da falta de exame de sanidade no acusado, peça indispensável para sua defesa. A incerteza quanto a imputabilidade do indivíduo levou o relator a designá-lo de inocente formal, categoria criada naquele instante, já que sua culpabilidade não era certa e o estado de dúvida recomendava a absolvição do acusado. Descuidou o magistrado de se recordar que o conceito de crime, positivado pelo CPP, designa como uma conduta típica, antijurídica e culpável, elementos distintos que possuem conteúdos estipulados pela lei penal. Quando um dos elementos está ausente ou incompleto, não há culpa formada e o acusado só pode ser declarado inocente, mas nunca um “inocente formal”.

A máxima popular citada pelo relator, na qual é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente, frase sacramental que é repetida por muitos outros juristas, reflete uma justificativa para a aplicação do *in dubio pro reo*. Tal ditado é sempre lembrado envolto na atmosfera de orgulho frente a realização da plena justiça, como o foi pelo Ministro Cunha Vasconcelos: “Desde os meus primeiros estudos, ainda nos tempo acadêmicos, orientei minhas conclusões em Direito Penal, no sentido daquele velho aforismo jurídico ou dito popular: prefiro cem criminosos na rua a um inocente na cadeia. Isto resume a orientação: condeno diante da prova concreta; na dúvida absolve.”²⁶¹

Outra consideração a fazer principia na constatação de que simples indícios e presunções sempre foram rejeitados como fulcro para uma condenação, argumento corroborado conjuntamente pelo *in dubio pro reo* e pela presunção de inocência.²⁶²

²⁶⁰ Id.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 1.128. Relator Ministro Cunha Vasconcelos. 08 out. 1965. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 307-308, 1967. p. 307.

²⁶² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Por presunção, suspeita, ninguém pode ser condenado em nosso sistema penal; assim, indemonstrada a subtração definitiva da coisa desgarrada da esfera de ação do responsável, não pode subsistir a acusação por delito de furto.” Apelação n. 1074. Relator Ministro

Afinada a esta tendência está a seguinte ementa: “Em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser condenado com base em presunção, suspeita ou por exclusão.”²⁶³ Tratava o caso de crime em que havia desconfiança de que o flagrante delito teria sido preparado, o que o desqualifica como prova plena, a par de muitos indícios frágeis, porque não corroborados testemunhalmente ou por outro meio de prova, de onde o relator, em seu voto pela absolvição dos acusados asseverou: “E, em verdade, só presunções e indícios militam contra os mesmos, sem força ou poder para levá-los ao cárcere.”²⁶⁴

Entretanto, a posição do relator não foi acompanhada por todos, mesmo porque o sistema da livre convicção judicial permite que cada magistrado valora as provas de acordo com sua consciência, o que pode levar a decisões díspares. O voto vencido pertenceu ao Ministro Amarílio Benjamim, que mesmo convencido da culpa do acusado, optando por sua condenação, iniciou sua argumentação em respeito às considerações do relator, com as seguintes palavras: “Srs. ministros, em matéria criminal tôdas as regras nos levam a um exame mais detido da acusação, sobretudo porque todo homem, enquanto não convencido do crime, está protegido pela **presunção de inocência**, [sem grifo no original] que se reconhece, e se proclama, desde os clássicos.”²⁶⁵

Disso se percebe que a presunção de inocência estava presente na mentalidade de alguns dos juízes pátrios que, mesmo aparentando não se dar conta da amplitude de seu significado e alcance, utilizavam o princípio para fortalecer a idéia de que ninguém poderia ser condenado antes da apresentação de provas concludentes e irrefutáveis acerca da culpa do acusado. A presunção de inocência estava visivelmente vinculada ao *in dubio pro reo*, pois seu entendimento entre os juízes brasileiros, ao menos nesse primeiro instante, era como regra probatória ou de juízo, significado desenvolvido na letra da DUDH.

Cândido Lobo. 02 jun. 1964. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 289-293, 1965. BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Nenhuma suspeita ou presunção de culpabilidade, por mais veemente que seja, é insuficiente para legitimar imposição de pena criminal.” Apelação n. 419. Relator Ministro Alfredo Bernardes. 16 maio 1.956. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 168, p. 342-343, 1956. Ainda neste acórdão, no final dos votos, deixa-se bem claro a sentença: “... absolvê-lo da acusação a que respondeu, **devido a insuficiência de prova produzida...**” [sem grifo no original] BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Suspeitas e presunções não autorizam imposição de pena, que só se legitima em face da certeza sobre [sic] o crime e sobre [sic] a autoria.” Apelação n. 441. Relator Ministro J. J. Queirós. 26 jun. 1956. *Id.*, p. 349-350.

²⁶³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 1102. Relator Ministro Henrique d’Ávila. 26 out. 1965. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 277-279, 1968.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 277.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 278.

Ainda sobre a qualidade da prova resultante do contraditório, esta deveria revestir-se dos requisitos legais, de modo a ser aceita com uma prova idônea, conclusa, para dotar de força o convencimento dos magistrados. Por este viés, vários julgamentos absolveram os acusados. Examine-se a seguinte ementa: “Dá-se provimento ao recurso, para restauração da sentença absolutória de 1ª instância, quando evidenciada a inidoneidade da prova para lastrear a condenação”.²⁶⁶ Nesse processo, uma das provas mais relevante consubstanciou-se na confissão dos acusados acerca da autoria dos atos delituosos, contudo, os juízes da instância posterior rejeitaram tal confissão, obtida na fase inquisitória do processo, porque os acusados alegaram que a mesma foi concretizada sob tortura. Asseverou o relator que era impossível admitir a irregularidade da prova e, ao mesmo tempo, aceitá-la como fulcro para uma acusação: “Ora, contraditório se afigura, ‘data maxima venia’, mandar que se apure a responsabilidade pela prática de tais violências que viciaram a prova produzida no processo, e concomitantemente, admitir como válida essa prova para condenar os recorrentes.”²⁶⁷ Mesmo sem citar diretamente a presunção de inocência ou o *in dubio pro reo*, esta decisão a eles se enfeixa, porque enquadrada na definição do inciso VI, do artigo 386, o qual impõe a absolvição por falta de provas. Também na recusa de acatar provas que não possuem o mérito de tornar a certeza plena, outros julgamentos resultaram na absolvição do acusado.²⁶⁸

Por fim, vários defeitos processuais nos autos, como a falta de adequação entre a conduta do indivíduo e o tipo do crime, descrito na lei penal, causavam dúvidas, profundo tormento na mente dos juízes, aponto de elegerem a absolvição como única saída para os casos em julgamento. Esta solução imperava, pois o contrário induziria a condenação por analogia, a qual é contrária aos direitos e garantias individuais inscritas na Constituição, a par da necessidade de que a sentença condenatória se funde em ampla margem de certeza. A dúvida é um estado de agonia para os juízes, na expressão do voto do Ministro Evandro Lins e Silva, mesmo quando, no caso, refere-se à ausência de tipicidade da conduta imputada ao acusado:

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação n. 1.115. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. 05 ago. 1971. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 248-251, 1975.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 250.

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Sendo a prova dos autos inidônea para autorizar juízo seguro quanto à conduta criminosa imputada ao agente, impõe-se a sua absolvição.” Apelação n. 1.227. Relator Ministro Antônio Neder. 24 abril 1968. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 263-266, 1971. BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Deve ser absolvido o acusado contra quem não se logra provar a prática do crime, mesmo que as faltas apuradas sejam reprováveis e indiquem a possibilidade de delinquir.”

Suspeito, sim, vez que dos autos não exsurge a prova plena, certa e determinada, indubitosa, a permitir a sua condenação. É possível - e muito - que o apelante tenha cometido o crime que se lhe imputava. (...) Estou em dúvida. E, ela atormenta o espírito mais que o mal, na afirmativa de SENECA. Neste estado, só posso pender para o réu. Daí opinar pelo provimento, reformando-se a sentença, para lhe dar absolvição.”²⁶⁹

O ministro Prado Kelly arremata que o fim da Justiça é a certeza e que esta não foi alcançada no mesmo processo: “Não se aperfeiçoou, como seria de desejar, o interesse da Justiça. Não se pode manter a condenação, quando não emerge dos autos a segurança das imputações constantes na denúncia, com a generalidade com que ela foi redigida.”²⁷⁰ Como se observou nas decisões aqui transcritas, não apenas a certeza da inocência, como também a dúvida sobre a veracidade dos fatos, foram motivos utilizados para fundamentar a absolvição de um acusado, o que leva a crer que o *in dubio pro reo* sempre foi precéito atuante no sistema de decisão judicial brasileiro.²⁷¹

Estes detalhes ressaltados revelam a identificação e exaurimento da presunção de inocência no *in dubio pro reo*, de acordo com a interpretação realizada pelos tribunais superiores e manifestada pela jurisprudência brasileira, no período em exame. Há identificação porque as expressões são aproximadas e repetidas lado a lado e, por vezes, tidas até como sinônimas nos acórdãos, o que por si revela a crença dos magistrados, de que as mesmas eram iguais em significado e alcance. De outra extremidade, a interpretação dos tribunais reflete o exaurimento do conteúdo da presunção de inocência no *in dubio pro reo*, porque, ao menos nesse período, não há nenhuma tendência que remeta a entendimento diverso do exposto sobre a presunção de inocência, de modo a lhe reconhecer outros significados devidos.

Enquanto no campo jurídico, no que tange aos tribunais superiores, reinava esta interpretação da presunção de inocência, completamente atrelada à mentalidade e a letra que vigorava no CPP, na seara política os ventos mudaram de direção. O Brasil atravessava outro duro período de desprezo ao regime democrático, onde a história

Apelação n. 1.081. Relator Ministro Amarílio Benjamim. 12 nov. 1964. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 274-277, 1965.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Não havendo tipicidade, não se pode adequar o fato ao molde penal, impõe-se a absolvição, por mais respeitáveis que sejam os motivos para censurar o procedimento do réu, porque o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou fundada em considerações de conveniência social.” Apelação n. 1573. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969. p. 246.

²⁷⁰ *Ibid.* p. 248.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Estabelecida a dúvida ou perplexidade, a solução é a absolvição do acusado.” Apelação n. 1.442. Relator Ministro Orozimbo Nonato. 18 out. 1950. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 134, p. 526-529, 1951.

apresenta novamente episódios nos quais os direitos humanos foram abandonados, enquanto prática cotidiana das instituições repressivas do Estado, ralo comum por onde a presunção de inocência também foi sumariamente engolida.

3.3. O autoritarismo do regime militar no Brasil (1964-1988) e sua influência na presunção de inocência

Enquanto o item anterior se ocupou da interpretação e significado da presunção de inocência nos processos que chegaram aos tribunais superiores, este focalizará acontecimentos e decisões políticas, mostrando as consequências que deles se originaram em detrimento do indivíduo, por meio da atuação repressiva das instituições estatais. O Brasil foi subjugado por um regime autoritário militar, que teve início pela ruptura em 1964, estendendo-se por longos 21 anos, condição superada apenas com a promulgação da Carta Política de 1988, democrática e fruto de uma abertura do regime, que veio alterar o estado das coisas, representando o início de uma nova era política para o país.

Para que o autoritarismo de Estado tivesse lugar e poder de controle sobre a sociedade civil, os mecanismos policiais foram aperfeiçoados para a repressão de qualquer atividade oposicionista, o que, inevitavelmente, tocou nos direitos de liberdade individual, óbice natural para qualquer atividade repressiva violenta. Noticia-se que a tortura, as prisões arbitrárias, o desaparecimento ou o extermínio de pessoas foram cometidos sob o comando das instituições estatais ao arripio da lei, fatos que conduzem à certeza de que se perpetraram durante este interregno os mais sérios atos de desprezo aos direitos humanos. Entretanto, tais atrocidades nem sempre estão relatadas em documentos oficiais, como acórdãos, pois a maioria não foi submetida ao exame do Judiciário, o que não significa que as mesmas não aconteceram, ou que não merecem o devido exame. Devido a importância que o período representa para a história política e jurídica brasileira, seja pela violação de direitos humanos, pela marca que produziu no seio das instituições políticas ou pela ideologia da qual receberam fomento, estes fatos influenciaram a presunção de inocência.

Objetiva-se neste tópico tecer algumas considerações sobre os acontecimentos que marcaram o regime autoritário militar, no que se refere aos direitos de liberdade individual, sempre com prestígio às influências que contribuíram para o significado da presunção de inocência. Primeiramente ilustrar-se-á os aspectos capitais da doutrina da

segurança nacional e sua importância para a solidificação e manutenção do poder militar, sem olvidar do interesse da questão para a presunção de inocência. Em seguida estudar-se-á as linhas mestras dos documentos emitidos pelo comando militar da época, que tinham como fito dar ares de legalidade ao regime, os Atos Institucionais, legislação de exceção, de cunho autoritário e atentatório contra os direitos e liberdades individuais. Os documentos de classe constitucional emitidos no período militar serão também examinados, apenas na disciplina dos direitos individuais, que refletem diretamente sobre o Processo Penal. Por fim, atentando para a ordem internacional dos direitos humanos, tratar-se-á do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em 1966, na vigência do autoritarismo militar no Brasil, que prescreveu mais detalhadamente a presunção de inocência.

Vê-se pela descrição dos itens acima, que a eleição dos assuntos foi difícil, pois este período é rico em aspectos que se interligam à presunção de inocência, mesmo porque, expôs a ruptura da relação entre o Estado e o indivíduo, ruptura pronunciada em tempos anteriores, mas efetivada de forma contundente a partir de 1964. Tomou-se por prioridade a presunção de inocência, firmada como critério decisivo para a eleição dos temas a serem estudados, de acordo com a tônica de toda a pesquisa, o que excluiu muitas matérias interessantes, por traduzirem um grau de importância menor para o critério estipulado.

Vale a pena ressaltar mais uma vez, que o viés jurisprudencial foi deixado um pouco de lado, porque não houve nos tribunais superiores nenhuma forte tendência interpretativa da presunção de inocência, que tivesse vínculo com o autoritarismo. As maiores violações da presunção de inocência estiveram mesmo nos Atos Institucionais, nos porões da polícia secreta e nos recintos fechados das Forças Armadas, porque a maioria dos casos não eram oficiais e não chegavam a repercutir nos tribunais superiores.

3.3.1. A doutrina da segurança nacional

Com o fim da Segunda Guerra Mundial cresceu nos Estados o desejo e a iminente necessidade de reforçar seus sistemas de segurança, de modo a se fortalecer para conquistar espaço e respeito na comunidade internacional, face a bipolarização do mundo. Essa divisão se deu entre Ocidente e Oriente, o primeiro sustentando o modelo capitalista e o segundo, o comunismo, vertente do socialismo real. A guerra fria liderada de um lado

pelos Estados Unidos da América e, de outro, pela URSS, arregimentava países retratando a perspectiva de uma Terceira Guerra Mundial. Aliás, esta perspectiva exaltava os ânimos e colocava todos os Estados em alerta, como se o perigo iminente de uma guerra de proporções mundiais viesse exigir poder bélico e organização interna em alto grau de desenvolvimento. Na verdade, consistiu em uma guerra silenciosa, o que não extirpa seus caracteres violentos, destruidores e excludentes.

No Brasil a ideologia²⁷² nacionalista foi o fermento que propulsionou as tentativas de desenvolvimento e modernização da sociedade, o que contou com o apoio político e militar dos Estados Unidos da América (EUA). A formação de um país forte, desenvolvido economicamente e pronto para intervir em um conflito físico,urgia ser a meta principal alimentada pelo nacionalismo. Isto estimulou a criação da Escola Superior de Guerra (ESG), no ano de 1949, com o auxílio externo e direto de profissionais franceses e norte-americanos, que pretenderam criar um centro de formação para brasileiros que estudassem e adaptassem a doutrina da segurança nacional às condições do solo pátrio.²⁷³ Logo sua tarefa foi ampliada para recolher e analisar dados da realidade nacional: políticos, econômicos, diplomáticos e militares, de modo a formular estratégias para o desenvolvimento do potencial brasileiro.

Mesmo reconhecendo que a ESG inspirou-se no modelo similar americano, entre ambas as escolas há duas diferenças básicas: a matriz brasileira enfocava com grande profusão a possibilidade de um ataque indireto da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e temia a ameaça de ações subversivas e revolucionárias no país, seja por nacionais ou por estrangeiros. Por outro lado, a ESG não era formada apenas por militares, já que seu quadro de componentes era farto de civis, entre professores, alunos

²⁷² Ideologia é um conceito muito discutido, sobre o qual diferentes posições foram formadas, mas de um modo geral, conforme explicita Wolkmer, suas características podem assim serem agrupadas: surge em momentos de crise, onde a sociedade se encontra em profunda tensão; encontra veículos de rápida e variada transmissão para ser incutida nas massas; forma um tipo de pensamento político, pois oferta uma explicação para o destino humano; é abstrata porque não mostra a realidade, mas retira dela algumas percepções, sobre as quais se erige, refletindo portanto, um caráter reducionista da realidade; possui argumentos dotados de grande poder de convencimento, que tem o condão de gerar emoção nos destinatários; é pragmática porque possui elementos de ação para transformar a realidade; costuma entrelaçar-se a um movimento político para ser melhor executada. Ressalta-se que a ideologia tem, entre outras, uma função de dominação, porque busca uma nova forma de organização da sociedade e se funda sobre um sistema de autoridade, ao qual pretende justificar. WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 102, 103 e 105.

²⁷³ ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Tradução de Clóvis Marques. Petrópolis: Vozes, 1985. p.24. A autora ressalta que esta doutrina foi desenvolvida também em grande parte da América Latina, como no Chile e na Argentina.

ou conferencistas.²⁷⁴ Isto leva a crer que havia a consciência entre os militares de formar um corpo profissional de burocratas, aptos a ocupar altos cargos da administração pública, que com o tempo se infiltrariam nos órgãos públicos, difundindo os estudos pertencentes à linha da ESG. Depois do golpe de 1964, esses profissionais foram efetivamente incorporados aos quadros públicos, já que tinham sido adequadamente preparados para realizar suas funções, de acordo com as perspectivas da doutrina da segurança nacional. Dentre o grande número de civis que realizaram cursos na ESG estavam industriais, parlamentares, ministros de Estado e até juízes federais, tamanha gama de áreas que os estudos cobriam e interesse que suscitavam na elite administrativa pátria.²⁷⁵

A Escola Superior de Guerra tornou-se o maior veículo de adaptação e aprofundamento dos estudos sobre a doutrina da segurança nacional, mas não atuava sozinha, precisava de órgãos de apoio para o recolhimento de dados que fundariam os estudos. Para esta tarefa recorriam a outras instituições civis de apoio, como o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD) e o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), proporcionando que diversas estratégias fossem desenvolvidas em conjunto, para depois do golpe serem convertidas em legislação. Entretanto, sobressai como atividade mais interessante do complexo ESG/IBAD/IPES o cadastro que foi elaborado secretamente antes do golpe militar de 1964, como parte da rede de informações necessárias para elaborar os estratagemas de poder, onde constavam informações pessoais de 400.000 brasileiros. Tais informações foram recolhidas por agentes secretos que se infiltraram na sociedade, seja em escolas, sindicatos, universidades e organizações cívicas diversas, retirando dali informações sobre a atividade e a posição política de muitos cidadãos.²⁷⁶

A função principal da ESG era marcadamente ideológica, já que visava ampliar o conhecimento sobre a doutrina da segurança nacional como base principal para sua difusão, além de estimular a formação de pessoal técnico qualificado para exercer suas metas principais dentro dos órgãos de Estado, integrando e aglutinando as elites políticas

²⁷⁴ STEPAN, Alfred. **Os militares na política: as mudanças de padrões na vida brasileira**. Tradução de Ítalo Tronca. Rio de Janeiro: Artenova, 1975. p. 129.

²⁷⁵ Ibid., p. 130. O autor ressalta que dentre os ministros de Estado figuraram: Mário Henrique Simonsen, Antônio Delfim Neto e Roberto de Oliveira Campos, que ocuparam pastas diversas nos futuros governos militares.

²⁷⁶ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 25.

civis e militares em torno de um projeto único e geral de exercício do poder. Tudo isso era incentivado pela propalada ameaça subversiva da esquerda comunista interna e pelo inevitável confronto entre os blocos opositores, em uma guerra mundial, onde o Brasil surgia como potência maior da América Latina.²⁷⁷ Somente um projeto que previsse a aliança entre os propósitos e ambições dos militares e dos civis poderia vingar no Brasil, já que os militares sempre pronunciavam a palavra final na força física e as elites civis dominantes nunca se deixaram alijar da detenção do poder político. Isto explica a aliança que vigorou no país pós 1964, que foi efetivada entre os militares e os tecnocratas,²⁷⁸ membros das elites dominantes do país.²⁷⁹

A doutrina da segurança nacional erigiu-se sobre o binômio segurança/desenvolvimento,²⁸⁰ em que ambos os termos se completavam para o fortalecimento do país, seja interna ou externamente considerado. Tal doutrina explicava que o desenvolvimento do país só seria possível quando um certo grau de segurança interna fosse alcançado, já que a segurança impõe o desenvolvimento. O tipo de desenvolvimento que pregavam era o sustentado pelo capitalismo, com um Estado preparado para acumular e absorver o capital, fomentando a qualidade da força de trabalho, o desenvolvimento científico e tecnológico e a eficácia dos setores industriais, de modo que o país estivesse em integração, superando todas as fraquezas advindas da grande extensão territorial inabitada.²⁸¹ O setor econômico seria a alavanca para a integração do território, separado por diversidades culturais, sociais e econômicas. Mas, que tipo de segurança era imprescindível para o desenvolvimento? Segurança contra quem ou o quê?

A imperiosa necessidade de fomentar o crescimento da ESG com o aprofundamento dos estudos para a implantação da doutrina da segurança nacional,

²⁷⁷ BORGES FILHO, Nilson. **Sobre o sagrado e o profano: civis e militares na política brasileira**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 53.

²⁷⁸ Explica Wolkmer que a tecnoburocracia pode ser compreendida como uma espécie mais técnica e moderna da burocracia de Estado, onde a importância da eficiência da organização é notoriamente essencial para seu desdobramento. Apresenta traços de flexibilidade na unidade de comando, para se fixar em unidades superpostas de autoridade funcional. Importa ressaltar que, diferentemente da burocracia, que se constituía como um corpo a serviço da burguesia para a administração do Estado, a tecnoburocracia se eleva a uma classe social, que se associa às outras classes para o domínio do poder político de Estado. WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 42.

²⁷⁹ Tal assertiva pertence a Hélio Bicudo, ao prefaciá-lo livro de ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 15.

²⁸⁰ Cf. GURGEL, José Alfredo Amaral. **Segurança e democracia: uma reflexão política**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1976. p. 31. Cf. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 26.

²⁸¹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 48.

erguia-se como única alternativa para salvar o país das investidas externas do bloco comunista, para prepará-lo para um confronto militar mundial e para fortalecê-lo para combater os subversivos internos, tidos como inimigos que deveriam ser exterminados. A segurança desejada pela doutrina da segurança nacional previa exatamente o extermínio deste *inimigo interno*, que não estava devidamente identificado, mas que estaria às escuras preparando planos para subverter a ordem interna, tomar o poder com violência e estabelecer um novo regime prejudicial para todos. No entanto, a criação da figura do inimigo oculto tinha uma função bem diferente da exposta:

... esta ênfase na constante ameaça à nação por parte de 'inimigos internos' ocultos e desconhecidos produz, no seio da população, um clima de suspeita; medo e divisão que permite ao regime levar a cabo campanhas repressivas que de outro modo não seriam toleradas. Dessa maneira, a dissensão e os antagonismos de classe podem ser controlados pelo terror.²⁸²

O inimigo na verdade eram todos os opositores do regime, todos os que não queriam o desenvolvimento do Brasil e se colocavam como entraves ao salto que os doutrinadores planejavam e que só poderia ser concretizado nas linhas da doutrina da segurança nacional. Portanto, tais inimigos deveriam ser extirpados, única solução para que o país realmente se desenvolvesse. Constata-se, pois, que segurança e desenvolvimento eram realidades que se constituíam como metas principais dentro da ótica de estudos e da ideologia da segurança nacional.

A doutrina da segurança nacional compreende um conjunto de ações em diversas áreas do Estado, para concretizar o binômio segurança/desenvolvimento, que devem ser estudadas através da coletas de dados, a partir dos quais são formuladas estratégias, para então serem colocadas em prática. Este pensamento inclui primeiro uma estratégia geral, que será a matriz de orientação para os rumos tomados em cada campo de atuação, a ser estruturada dentro de cada setor, que são quatro: político, econômico, militar, psicossocial.²⁸³ Há, portanto, três ramos a serem trabalhados: o político, o militar e o de informação, os quais, segundo o manual básico da ESG, seriam divididos e formulados primeiro pela própria ESG, com o Estado Maior das Forças Armadas (EMFA) e a Escola Nacional de Informações, esta ligada ao Sistema Nacional de Informações (SNI).²⁸⁴ Um

²⁸² Ibid., p. 27.

²⁸³ Ibid., p. 41.

²⁸⁴ Ibid., p. 35.

desenvolvimento com segurança era a meta geral, que deveria integralizar todos os setores.

Em cada país onde a doutrina da segurança nacional foi desdobrada, procurou-se adaptá-la às circunstâncias locais, criando na mesma aspectos peculiares para sua atuação pontual. Mesmo divergindo em alguns pontos das vizinhas elaborações da Argentina e do Chile, por exemplo, há como identificar pontos comuns, afetos a todas as doutrinações acerca da segurança nacional, como os vínculos com as teorias geopolíticas, o antimarxismo e às tendências conservadoras do pensamento social católico.²⁸⁵

A geopolítica tomou fôlego no Brasil juntamente com a doutrina da segurança nacional, depois da Segunda Grande Guerra, quando os esforços estratégicos para a proteção e fortalecimento dos países foram tratados como matéria de essencial importância para o futuro da nação. Significa, grosso modo, um aproveitamento do espaço físico como arma política eficaz para o poder interno de Estado, uma prática expansionista para o crescimento dos limites territoriais e políticos. O General Golbery do Couto e Silva, mestre maior da ESG e um dos principais difusores da geopolítica no Brasil, depositava confiança na exploração do potencial geográfico como um poderoso arsenal para transformar o futuro de uma nação.²⁸⁶ Importa verificar que Golbery cria na geopolítica como o instrumento para fazer do Brasil uma super potência mundial, seja pela utilização de seus recursos minerais, pela grande segurança interna proporcionada por um regime de força, pelo crescimento uniforme e eficaz de todo o país. Contudo, em momento algum o povo é colocados no centro da análise, ou são tomadas em consideração suas aspirações. No mais da vezes, "... o povo só aparece quando é instrumento do Estado e no geral é uma 'entidade' a ser controlada e manipulada de acordo com os preceitos de 'segurança interna e externa do Estado.'²⁸⁷ Vê-se portanto, que a geopolítica se adapta às circunstâncias de um Estado autoritário, mesmo porque professa objetivos que desprezam completamente o ser humano e concentra suas forças em uma ambição territorial e de grandeza da Nação, que atropelam qualquer outra meta do Estado.

²⁸⁵ *Ib.* Esta divisão a autora resumiu do estudo de Margaret Crahan.

²⁸⁶ CHIAVENATO, Júlio José. *Geopolítica, arma do fascismo*. São Paulo: Global, 1981. p. 44.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 45.

Por fim, o comunismo foi designado como maior inimigo da ordem e da paz interna, fato que aliás, não é propriedade da era pós-1964, pois já fazia parte do arsenal terrorista da elite e do exército brasileiros desde outrora, como no golpe de 1937, quando foi combustível para impor o regime autoritário. Ao lado de qualquer oposição ao regime militar, o comunismo sempre ocupou lugar de destaque para receber o título de inimigo comum do Brasil, o qual deveria ser duramente combatido através de metas estratégicas, detalhadamente elaboradas pela política de segurança nacional. Além de causar o terror nas pessoas e a constante impressão de que a qualquer momento o país poderia ser tomado de sobressalto, a estratégia de imaginá-lo e de buscar meios para combatê-lo era a justificativa ideal para a formulação de inúmeras medidas repressivas, limitadoras dos direitos e liberdades individuais.

Melhor ainda era designar como oculto o inimigo da nação, pois como não se sabia quem era o inimigo, todos se tornavam suspeitos e poderiam ser os culpados pela instabilidade da segurança interna do país. Isto também justificava medidas arbitrárias para a restrição da liberdade individual e batia diretamente contra a presunção de inocência, pois a ótica da repressão foi sumariamente a de invertê-la, para fazer com que os acusados tivessem que provar o seu não envolvimento com os movimentos de oposição para se verem livres.

Ao ver todo o conjunto de crenças assumidas pela doutrina da segurança nacional, seja na geopolítica, no anticomunismo ou na pretensão de controle geral da sociedade civil, estimando estratégias para conter qualquer avanço que pusesse em risco o edifício autoritário, não há como se alimentar a possibilidade de manutenção de uma perspectiva condizente com a proteção dos direitos humanos. O indivíduo foi relegado a um segundo plano, face a grandiosidade dos interesses do Estado que ocupavam toda a operacionalidade do poder político e de força, em escala interna e externa. A relação entre o Estado e o indivíduo foi marcada a ferros, rompida e invertida na eleição de prioridades, já que urgia alimentar o binômio segurança/desenvolvimento, para a formação de um Estado forte, cabendo ao indivíduo o papel de coadjuvante na cena política. Acompanhe-se as insubstituíveis palavras conclusivas de MOREIRA ALVES:

É evidente que semelhante doutrina põe em sério risco a defesa dos direitos humanos. Quando é impossível determinar com exatidão quem deve ser tido como inimigo do Estado e que atividades serão consideradas permissíveis ou intoleráveis, já não haverá garantias para o império da lei, o direito de defesa ou a liberdade de expressão e

associação. Mesmo que sejam mantidos na Constituição, tais direitos formais só existem, na prática, segundo o arbítrio do Aparato Repressivo do Estado de Segurança Nacional. **Todos os cidadãos são suspeitos e considerados culpados até provarem sua inocência. Tal inversão é raiz e causa dos graves abusos de poder que se verificam no Brasil.**²⁸⁸ [sem grifo no original]

A propagação da doutrina da segurança nacional como força propulsora do autoritarismo militar do período posterior a 1964, explica grande parte dos fatos históricos então ocorridos, seja o conteúdo dos Atos Institucionais, como a prática repressiva dos órgãos estatais, a qual se tornou muito mais forte e decisiva com o apoio norte-americano, que no dizer de WOLKMER: "... veio possibilitar e assegurar o domínio 'poder-repressão' da ideologia da segurança nacional, calcada no propagado ufanismo geopolítico, no mítico chauvinismo militarista latino-americano, no simbólico centralismo autoritário e no papel messiânico das elites tecnoburocráticas."²⁸⁹

3.3.2. A violência institucionalizada: os Atos Institucionais

Depois de um longo interregno de instabilidade política, uma revolta militar depôs o presidente João Goulart no início do ano de 1964. Os militares sempre manifestaram sua força bélica fora dos quartéis em momentos similares da recente história brasileira, mas no papel de moderadores, árbitros que sustentavam o poder político nos revezes de desequilíbrio e que logo depois de passada a tormenta, devolviam o poder às mãos dos civis. Mas agora a intenção era outra. Seja pela decepção com os resultados do governo civil, ou pelo estímulo da doutrina da segurança nacional, que devotou no psicológico dos militares a tarefa messiânica de gerir o futuro brasileiro, fato é que os militares estavam dispostos a não mais devolver o poder político aos civis, mas empreender um governo de força para estabelecer as metas longamente elaboradas pela ESG.

Deve-se advertir, porém, que as forças militares, que incluem a Marinha, o Exército e a Aeronáutica, estavam divididas internamente em diferentes linhas de pensamento, nem sempre coesas em seus objetivos políticos.²⁹⁰ Dentro da grande heterogeneidade, havia correntes que propugnavam o não envolvimento de militares com a política, outras elegiam a democracia como valor a ser defendido, como também, em outro extremo, agiam os partícipes da corrente dos militares linha-dura, assim denominados pelo seu reconhecido conservadorismo político e por aceitarem o uso da

²⁸⁸ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 40.

²⁸⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 131.

força física como recurso necessário para o exercício do poder político de Estado. Foram exatamente esses últimos que lideraram a política brasileira logo após o golpe de 1964, pois há muito já rondavam os bastidores, conspirando pela retirada do frágil Goulart do comando do executivo federal. Os militares na política depois de 1964 são representados pelo domínio dos linha-dura, o que, contudo, não significa que outras linhas de pensamento que estavam nos quartéis não existiam, mas somente, que não se manifestavam com tanta veemência no Governo.²⁹¹

Um dos caracteres mais distintos do período autoritário militar foi a busca pela legalidade, ou seja, em fundar seus atos em documentos legislativos, que lhes concedesse o suporte legal necessário para avançar com domínio completo sobre a sociedade civil brasileira. Apenas um documento como o Ato Institucional poderia estruturar tal regime, dotando-o de maior respeitabilidade frente à opinião pública, por alimentar a falsa certeza de que a batuta da lei continuava a ser a regente da sociedade.

Neste item serão examinados alguns aspectos pertinentes aos Atos Institucionais decretados no Brasil durante o regime autoritário militar pós-64, que procurou sua legalidade por meio desses instrumentos jurídicos. Os mesmos chamam a atenção não apenas pelo caráter de exceção, mas, principalmente, pelo teor repressivo e violador dos direitos e garantias individuais. Foram ao todo sete os Atos Institucionais que o Brasil suportou somente na década de 1960, sendo o primeiro decretado em 09 de abril de 1964 e o último em 26 de fevereiro de 1969, prática que prosseguiu na década de setenta, com a edição de outros Atos Institucionais. Limitar-se-á o estudo aos documentos nº 1 e nº 5, devido ao fato dos mesmos agregarem um conteúdo mais aproximado ao interesse dessa pesquisa.

3.3.2.1. O Ato Institucional nº 1

Com a fuga de Goulart para o sul do Brasil, ocupou a Presidência da República na manhã de 02 de abril de 1964, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Todavia, o poder de fato estava sob o controle do Alto Comando da Revolução, composto pelos militares: General Arthur da Costa e Silva, Almirante Augusto Rademaker e Brigadeiro Correia de Mello.²⁹² Tanto estavam com o poder de fato, que

²⁹⁰ BORGES FILHO, Nilson. Op. cit. p. 56.

²⁹¹ Id.

²⁹² ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 52.

exerceram uma fortíssima pressão sobre os parlamentares para que estes expulsassem do seu meio os colegas contrários a nova ordem e para que aprovassem um documento legislativo urgente, com a finalidade de reprimir os atos subversivos dos grupos de oposição espalhados pelo Brasil. Entretanto, nem todos os líderes parlamentares estavam dispostos a colaborar, apondo seu consentimento para a aprovação destes atos e, sob a luz do impasse político, o Supremo Comando da Revolução, revestido da idêntica arbitrariedade que lhe constituiu, publicou um Ato Institucional, isso a 09 de abril de 1964.²⁹³

O Supremo Comando arrogava para si o poder político legítimo, pois com o título de *revolução vitoriosa*,²⁹⁴ investiu-se como Poder Constituinte para editar a nova legislação. Desprezou todo o poder que tinha sido concedido democraticamente pelo antigo regime aos membros do Congresso Nacional, sujeitando este órgão a sua liderança, de acordo com o que evidenciou o Preâmbulo do Ato Institucional: “Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é o que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.”²⁹⁵

Mesmo mantendo a Constituição Federal de 1946 vigente, ao lado das Constituições estaduais, o Ato Institucional nº 1 interferiu gravemente no regime de direitos individuais, tudo no afã de expurgar do meio político as pessoas que pudessem, de alguma forma, opor-se ou oferecer resistência ao inaugurado regime político. O controle dos órgãos públicos e da sociedade era fundamental naquele início de Governo e os militares da linha dura, cientes dessa realidade e colocando em prática a cartilha da segurança nacional, pressionavam os meios políticos institucionais e até mesmo militares, para que tudo estivesse sob seu rígido comando.

²⁹³ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 372.

²⁹⁴ Conforme Pasquino, entende-se por revolução “... a tentativa, acompanhada do uso da violência, de derrubar as autoridades políticas existentes e de as substituir, a fim de efetuar profundas mudanças nas relações políticas, no ordenamento jurídico-constitucional e na esfera sócio-econômica.” Esta difere do golpe de Estado, basicamente, por dois motivos: primeiro porque o golpe apenas substitui as autoridades políticas constituídas, em quase nada alterando da base da estrutura estatal; segundo, porque o golpe não é um movimento em que há participação popular, concretizando-se mais como uma tomada do poder por homens já pertencentes à velha elite política. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário...* v.2. p. 1121. Moreira Alves, em aprofundado estudo, denomina a tomada de poder político no Brasil, em 31 de março de 64, como golpe de Estado, mesmo diante do fato dos militares de se conclamarem como *revolução vitoriosa*. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 19.

²⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. *Legislação citada – sinopse*. Brasília: Senado Federal, 1972. p. 90. Este preâmbulo foi redigido por Milton Campos, Carlos Medeiros Silva e Luiz Viana Filho.

O Ato Institucional representava o poder e a vontade dos militares que encabeçaram o golpe de Estado de 1964 e pode ser resumido como um documento de teor repressivo, que se prestou ao cumprimento de duas finalidades distintas: sustentar a legitimidade do grupo para legislar em lugar do Poder Legislativo, submetendo-o aos interesses dos golpistas e, por outro lado, autorizar o crescimento quantitativo e qualitativo dos poderes do Executivo, o qual era exercido por eles. De todos os 11 artigos que compunham o Ato Institucional n.1, três se relacionam com as garantias processuais e com a presunção de inocência, são eles os artigos: 7º, 8º e 10, os quais formaram o instrumental necessário para o início da chamada *operação limpeza*, prevista pela doutrina de segurança nacional, que visava calar e agrilhoar a oposição perigosa ao regime militar. Veja-se o conteúdo pormenorizado deste Ato Institucional.

O artigo 7º visava disciplinar a burocracia de Estado, já que retirava dos funcionários públicos as garantias constitucionais de vitaliciedade e de estabilidade, para que, através deste caminho, tais funcionários pudessem ser afastados ou transferidos de suas atividades laborativas, sem esbarrar nos empecilhos legais. O parágrafo 1º explicava que os funcionários públicos poderiam ser demitidos, dispensados, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados e postos em disponibilidade, como consequência por terem tentado: "... contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos."²⁹⁶ Tal mandato abrangia os funcionários públicos federais, estaduais e municipais, os quais estariam propensos a sofrer estas penalidades administrativas, depois que uma investigação sobre sua conduta e vida pessoal estivesse concluída e fosse cuidadosamente examinada, ocasião na qual a pena seria então decretada pelo chefe do Executivo, ao qual os funcionários estariam direta ou indiretamente submetido. O que aperfeiçoava a punição era o decreto emitido pelo Poder Executivo, responsável pela decisão sobre a permanência do funcionário no seu cargo.

Instaurou-se uma Comissão Geral de Investigações, órgão formado e encarregado da tarefa persecutória, ao qual era dado o poder de secretamente investigar vidas pessoais e indicar os funcionários subversivos em âmbito federal. As listas de indicados acabavam por se configurar na prática como uma lista de punidos, já que dificilmente um indicado não era reconhecido como culpado pelo Chefe do Executivo, que examinava os inquéritos

²⁹⁶ BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. Op. cit. p. 91.

e decretava as penas cabíveis. Os funcionários acusados de subverter a ordem política imposta pelos militares não tinham o direito de defesa, nem ao menos o de contraditar as *verdades* apuradas acerca de sua conduta pessoal e profissional, de onde se deduz que a presunção de inocência foi claramente violada, quando não invertida por uma presunção de culpa.

Mesmo admitindo recurso para o próprio Presidente da República, quando a medida atingisse os funcionários protegidos também pela garantia da vitaliciedade, a agressividade do dispositivo estava no fato de que o mérito da decisão era insuscetível de controle jurisdicional, de acordo com o parágrafo 4º. Ou seja, o Poder Judiciário só poderia examinar as formalidades, porque a substância, seja a motivação ou a conveniência, do ato era incontroversa. A medida além de submeter os funcionários públicos, feria também a esfera de competência do Poder Judiciário e, em última instância, a própria separação dos poderes de Estado.

Todavia, esta não foi a única afronta sofrida pelo Judiciário, porque a operação limpeza também o atingiu, mesmo face as tentativas deste Poder em preservar incólume sua autonomia e independência diante da violenta onda repressiva do Estado. Uma destas tentativas ficou demonstrada na firmeza dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais concederam inúmeros *habeas corpus* para presos políticos, liberando os encarcerados pelo arbítrio militar e, ao mesmo tempo, enfurecendo os donos do poder com esta ousada atitude. Isto não constrangeu os militares a expurgar 49 juízes de instâncias inferiores, somente no ano de 1964.²⁹⁷

O setor militar também não saiu ileso da operação limpeza. Antes mesmo de Castelo Branco ser eleito pelo Congresso e assumir a Presidência, o Comando Revolucionário havia elaborado uma lista com 146 oficiais militares, que foram sumariamente reformados.²⁹⁸ Dentro da Marinha, só no começo do ano de 1964, aproximadamente 2000 marinheiros foram detidos,²⁹⁹ mesmo porque seu baixo oficialato representava um reduto conspirador, pois muitos deles haviam se rebelado durante o

²⁹⁷ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 61. Outra consequência das atitudes de resistência do Ministros do STF foi sentida na edição do Ato Institucional n. 2 que modificou a forma de indicação de seus membros, como adiante será melhor explicitado.

²⁹⁸ DULLES, John W. F. Op. cit. p. 26.

²⁹⁹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 65.

governo de Goulart e não haviam sido punidos na época com o rigor desejado pelos oficiais linha dura, que se aproveitaram do novo instrumento para se livrar dos mesmos.

Cumpre observar que a consequência mais nefasta e absurda para os militares punidos através deste Ato Institucional, não foi a perda do cargo, e sim, o fato de que eles foram literalmente declarados como **mortos** pelas autoridades militares, para efeito da remuneração percebida. Como eram creditados como falecidos, suas esposas passavam a receber uma modesta pensão e os demitidos perdiam todas os outros subsídios e vantagens adquiridas por direito, como aposentadoria, salário saúde, família e outros, isso sem contar com a dificuldade para arranjar um novo emprego, depois de ser declarado como morto.³⁰⁰ Fora esta punição, os militares ainda estavam sujeitos às disposições do regimento interno e do Código Penal Militar.

Em continuação à limpeza efetuada nos setores administrativos, a repressão também foi dura com os políticos democraticamente eleitos antes de 1964 e que tentavam organizar centros de oposição ao regime militar. O artigo 10 permitia a cassação dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais e a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão, pelo prazo de dez anos. Esta foi a verdadeira devassa dos quadros públicos, condição que imprimia terror e que colocava aos políticos duas alternativas: ou apoiar as medidas de governo e conseguir levar seu mandato até o fim; ou se opor, ser retirado de suas funções públicas e ter seus direitos políticos suspensos por dez anos, correndo o risco ainda de ser preso por tempo indeterminado. Como se vê, expressar opiniões políticas abertamente, atitude incentivada durante os velhos tempos de democracia, passou a ser uma atitude suicida em tempos de ditadura militar.

O poder autoritário que revestiu o Ato Institucional, além de se concretizar como uma violência contra as normas de direitos humanos, contraditava diretamente as normas constitucionais e processuais, como pode ser percebido na redação do artigo 10, o qual apregoava: “No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição ... **excluída a apreciação judicial desses atos.**” [sem grifo no original]³⁰¹. Em consequência, os detentores de cargos eletivos poderiam perder seu mandato, em desrespeito aberto à vontade popular, ter seus direitos políticos suspensos pelo prazo de dez anos, como garantia completa de seu afastamento do meio político e, por fim, não

³⁰⁰ Ibid., p. 65 e 66.

³⁰¹ BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. Op. cit. p. 92.

tinham o direito de se defender destas ordens arbitrárias. Observe-se como isto ocorreu na prática.

Na data em que o Ato Institucional foi decretado pelo Comando Revolucionário, fez-se acompanhar de uma lista nomeada com 41 pessoas que perderam imediatamente seus mandatos eleitorais, dentre os quais o primeiro era João Goulart e o restante eram os de membros do Congresso Nacional. Mais 100 pessoas perderam seus direitos políticos através deste prático expediente.³⁰² No decorrer do ano de 1964 mais 10 congressistas foram retirados, isso sem contar com os componentes de assembleias legislativas estaduais e municipais, igualmente atingidos pela operação de assepsia.³⁰³ Vários governadores perderam o comando de seus estados, fato que ocorreu no Rio de Janeiro, Pará e Amazonas, além de um famoso senador, o ex-presidente Juscelino Kubitschek, que também foi cassado. Acompanhe-se as últimas palavras de KUBITSCHKEK,³⁰⁴ citado por DULLES, proferidas na tribuna do Senado, em protesto contra a violência que sofreu:

Pela própria mecânica do Ato Institucional, aos fulminados não é dado acesso às peças acusatórias. Voltam-se, assim, os revolucionários do Brasil contra as mais sagradas conquistas do Direito... Sei que nesta terra brasileira as tiranias não duram... Repito: o golpe que, na minha pessoas de ex-Chefe de Estado, querem desfechar, atingirá a vida democrática, a vontade livre do povo... Este é um ato de usurpação e não um ato de punição. Muito mais do que a mim, cassam os direitos políticos do Brasil!

Os atos processuais e de investigação a que se refere Juscelino eram efetuados pelo Conselho de Segurança Nacional, encarregado também de votar as listas de nomes de políticos que iriam para a apreciação do presidente, para receberem a chancela final, que decretaria a perda do mandato ou dos direitos políticos. Tal órgão era formado por militares de alto comando de todos os setores, seja Marinha, Exército e Aeronáutica e, enquanto órgão consultivo, também servia ao auxílio do presidente nas mais diversas tomada de decisões.³⁰⁵

De volta às letras do Ato Institucional, o artigo 8º disciplinou a abertura de inquéritos e processos para verificar a ocorrência e a autoria “... de crime contra o Estado

³⁰² ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 55. Portanto, o Congresso que em breve elegeria Castelo Branco já estava livre dos elementos indesejáveis, sendo composto por pessoas escolhidas a dedo pelos militares.

³⁰³ Ibid., p. 63.

³⁰⁴ KUBITSCHKEK, Juscelino. Apud DULLES, John W. F. Op. cit. p. 32.

³⁰⁵ DULLES, John W. F. Op. cit. p. 24.

ou o seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária...”³⁰⁶ A partir desta previsão, Castelo Branco baixou um decreto-lei com o intuito de regularizar melhor a matéria, com a criação dos Inquéritos Policiais-Militares (IPMs), famigerados instrumentos de perseguição política que se alastraram por todos os níveis do governo, já que sua função principal era a de extirpar os funcionários de órgãos públicos, sejam civis ou militares, que estivessem envolvidos com qualquer atividade subversiva. Foram atingidas escolas, Universidades, ministérios e órgãos governamentais, para identificar o *inimigo interno*, que seria investigado, julgado e punido pelo chefe do departamento ao qual estavam vinculados, para então sua punição exemplar ser publicada em forma de decreto no *Diário Oficial da União*, ou similares dos estados e das municipalidades.³⁰⁷

Tais inquéritos, pleito vitorioso dos militares linha dura, constituíram-se em importante arma para os detentores do poder em suas disputas locais, para afastar concorrentes e opositores políticos que não estivessem na posição funcional ou política privilegiada. A comprovação da culpa não obedecia aos parâmetros processuais ou constitucionais vigentes e nem mesmo precisavam da apreciação judicial competente para propagar seus efeitos devastadores, entretanto, todas as decisões admitiam recursos para o Poder Judiciário, local onde normalmente eram revogadas: “Estabeleceu-se assim um confronto crescente entre a estrutura legal tradicional e a estrutura paralela extralegal ou ‘revolucionária’. Os coronéis dos IPMs passaram a protestar com indignação cada vez maior contra esta autonomia judicial, forçando afinal o Executivo a ampliar as medidas de controle sobre os juízes e o próprio judiciário.”³⁰⁸

Os IPMs eram classificados como sendo atos de acordo com a legislação, máscara ideal para ocultar os desvios de finalidade que estavam sendo cometidos, representando um forte instrumento para realizar atos de arbitrariedade. Funcionavam como autêntico meio de pressão, já que acabaram por apreender livros, suspender a apresentação de peças teatrais e aterrorizar a população, instalando o verdadeiro Estado de Segurança Nacional.³⁰⁹ Os julgamentos derivados dos IPMs eram realizados com base em critérios pessoais, de acordo com o ponderado pelo julgador, que baseavam seus julgamentos em

³⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. Op. cit. p. 92.

³⁰⁷ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 56 e 57.

³⁰⁸ Ibid., p. 57.

³⁰⁹ DULLES, John W. F. Op. cit. p. 120. O autor expõe que em uma carta endereçada ao General Costa e Silva, o presidente Castelo Branco expressou sua insatisfação com o clima de terror imposto pelos responsáveis em dirigir os IPMs.

sua experiência própria e no seu livre-arbítrio, podendo levar em conta qualquer testemunho, a opinião pública ou a sua notoriedade do fato, sem estar adstrito a nenhuma regra, que não as estipuladas de forma superficial pelo citado decreto-lei.

Assim que o poder militar tomou corpo com a organização do Comando Revolucionário e com a edição do AI n. 01, houve uma grande operação de militares nas ruas, para efetuar prisões em massa, retirando de circulação todas as pessoas que constavam nas listas de subversivos, preparada com antecedência pelas agências de investigação do SNI. Foram montadas barreiras nas ruas, com revistas de carros e casas suspeitas, em busca de provas, armas e pessoas envolvidas com qualquer movimento oposicionista, atos que não estavam autorizados em nenhum mandado judicial, apenas como base no comando militar e no AI n. 01. O número de presos políticos na virada do regime não foi determinado com clareza, pois existem muitas informações discrepantes e não documentadas, todavia, sabe-se que foram em grande número, suficientes para impor nos cidadãos o temor aos militares armados nas ruas:

Indicam levantamentos feitos que cerca de 50.000 pessoas teriam sido presas em todo o país nos primeiros meses após a tomada do poder. Uma estimativa precisa é impossível, pois as técnicas de busca e prisão – as operações ‘arrastão’ e ‘pente fino’ – **permitiam a detenção de qualquer pessoa que não pudesse provar sua inocência** [sem grifo no original] ou apresentar documentos de identificação.³¹⁰

Moreira Alves assevera ainda, que a técnica mais efetiva utilizada para repressão era a prisão temporárias, durante a qual, antes de haver tempo útil e possibilidade para o pedido e emissão de um *habeas corpus*, o preso já havia sido espancado e torturado por algumas horas, como forma de aviso ou intimidação, ato que impunha grande temor nos indivíduos.³¹¹ Um importante jornal norte-americano, de circulação e expressão mundiais, publicou um artigo intitulado *Brasil nas garras de uma ditadura militar*, onde creditava o número de presos políticos e com os direitos cassados logo após o golpe, em aproximadamente 10.000 pessoas, informação que foi margeada na notícia com o testemunho de Ademar de Barros, governador de São Paulo, que afirmava com orgulho: “Ter prendido mais de 3.000 em seu estado, inclusive todo o líder trabalhista em que pusera as mãos, comunista ou não.”³¹²

³¹⁰ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 59.

³¹¹ Ibid., p. 59. Na verdade nem se cogitava o pedido de *habeas corpus*, afinal, a prisão era secreta e o indivíduo não tinha o direito de se comunicar com qualquer pessoa, muito menos com um advogado.

³¹² DULLES, John W. F. Op. cit. p. 26. O jornal referenciado pelo autor é o internacional *Washington Post*, na edição de 03 de maio de 1964, em texto assinado por Dan Kurzman.

Com um contingente tão grande de pessoas detidas, assustador para a frágil estrutura penitenciária brasileira de então, vários locais mais adequados foram improvisados para o recolhimento de presos políticos, como o estádio do Maracanã, no Rio de Janeiro, embarcações da Marinha e bases militares.³¹³ Além da prisão arbitrária, a tortura foi um instrumento francamente utilizado contra os presos políticos mais *perigosos* ou que seriam titulares dos postos de lideranças subversivas, os quais eram recolhidos nos quartéis militares e obrigados a confessar sua participação em movimentos oposicionistas. As denúncias eram tantas e noticiavam tamanho grau de violência, que acabaram por propiciar uma campanha jornalística, com o intuito de pressionar o Governo e Castelo Branco a suavizar a repressão.³¹⁴

Diante de tanta barbárie, conclui-se que se um dia a presunção de inocência foi acolhida no Brasil, através de um documento histórico de porte internacional, como a DUDH, o governo militar mostrou que o documento foi rasgado e a dita presunção foi jogada fora. São tão gritantes as violações contra os direitos humanos que dispensam qualquer comentário mais detalhado.

O Ato Institucional nº 1 na circunstância do golpe de 64, com as cassações de mandatos eletivos, as perseguições políticas e as constantes prisões arbitrárias, para calar a oposição e aprisionar o inimigo interno, compuseram um primeiro período repressivo do autoritarismo militar. Este, em sua totalidade, foi permeado por alguns momentos de aparente liberalização, em que os mandatários do poder ilusoriamente anunciavam a transição para a abertura democrática, o que em breve era novamente sufocado para dar lugar a uma repressão mais dura. O ápice da violência ocorreu com a edição do Ato Institucional nº 5, sem dúvida, um documento que o Brasil procura esquecer.

3.3.2.2. O Ato Institucional nº 5

O Estado dominado pelo autoritarismo militar utilizava uma linguagem de consenso frente a sociedade, chamando os movimentos oposicionistas para o diálogo, com a promessa de extinguir as perseguições de ordem política, demonstrando uma forte intenção de iniciar a transição democrática. Entretanto, estas intenções eram falaciosas e escondiam, sob o manto ilusório do belo discurso democrático, os planos de manter o

³¹³ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 60.

³¹⁴ Ibid., p. 60 e 61.

poder autoritário e repressivo com o apoio popular. Sem este apoio os militares temiam que a dominação autoritária fosse percebida e rejeitada pela maioria popular, o que tornaria a situação insustentável. Os cidadãos tinham que acreditar que a repressão era um instrumento para restaurar as condições ideais de retorno à democracia e que como instrumental era transitório, mas cumpriria com o objetivo de levar o país para o desenvolvimento econômico e social. Os militares se colocaram no papel de defensores da sociedade contra os subversivos, acusados de quererem tomar o país para instalar o comunismo soviético, possibilidade que era vista com muito temor pelos brasileiros, que alimentavam falsas crenças sobre o comunismo.

Todavia, enquanto esse discurso era proclamado pelos militares, a sociedade assistia a uma prática cotidiana oposta ao diálogo e ao consenso, eivada de autoritarismo, na qual o aparato policesco do Estado exercia a violência e a repressão nas ruas das cidades brasileiras, onde corriam notícias de prisões secretas, torturas e mortes. O palavrório amigável e conciliatório era derrubado pela prática do silêncio forçado pelo uso da violência física, que sufocava qualquer tentativa de manifestação do pensamento político. Tal contradição entre discurso e prática resultou em uma profunda crise de legitimidade para o Estado autoritário militar,³¹⁵ que propiciava as motivações ideais para encetar uma nova onda repressiva, ainda mais violenta, pois nada mais restava à aliança de poder, do que a aplicação da força física desmedida, para conter as manifestações oposicionistas e a insatisfação popular.

A repressão mais violenta praticada pelos órgãos de Estado não era oficial, nem ocorria nos trâmites dos órgãos institucionais reconhecidos, pois não se limitava à atuação policial ostensiva e incessante, nas ruas e nas prisões militares. Havia outra forma mais cruel de repressão, que exibia o terrorismo puro na expressão dos grupos paramilitares, organizações secretas que eram formadas fora da lei, mas por ordem e comando do poder de Estado, conforme arremata Reis Filho:

Um dos aspectos mais agressivos se revelaria através de grupos paramilitares, atuando à sombra da própria lei. Bombas em teatros do Rio e São Paulo, em editoras, jornais, faculdades, espaços culturais, instituições de oposição ao regime, seqüestros e espancamentos de artistas e estudantes. Dezenas de ações que se sucederam sem que a responsabilidade de uma única fosse apurada.³¹⁶

³¹⁵ Ibid., p. 113.

³¹⁶ REIS FILHO, Daniel Aarão. **Anos de luta**. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/AI-5/daniel.htm>. Acesso em: 31 out. 2000. p. 01 e 02.

Por esta época, corria nos bastidores da imprensa de Brasília a notícia de que o Ato Institucional n. 5 já estaria redigido e bem guardado pelo ministro da Justiça Gama e Silva,³¹⁷ o qual seria imposto em ocasião oportuna. Certo é que militares há muito observavam com inquietude a movimentação cíclica de grupos de várias matizes e temiam que a situação se tornasse crítica, a ponto de ameaçar a dominação por eles exercida. Tal receio fazia com que os militares defendessem o regime com mais afinco, usando ainda mais da repressão e da força física, única alternativa viável para disciplinar esses focos desobedientes, formados entre os estudantes universitários, que protestavam contra a ditadura e contra a estrutura educacional; entre os parlamentares, que esperavam recuperar parte do grande espaço político perdido e, também, entre os trabalhadores sindicalizados, que pleiteavam a concessão de mais direitos trabalhistas, realizando diversas greves por todo o país, principalmente no estado de São Paulo, causando imensa desordem pública e transtornos para a imagem do Governo militar. Estes foram os motivos principais que aconselhavam os militares a tomarem uma atitude de força, do naipe do AI n.05.

O motivo imediato para a decretação do Ato Institucional n. 05 foi uma série de discursos pronunciados na Câmara pelo deputado Márcio Moreira Alves, nos quais o mesmo denunciava e combatia abertamente o uso da violência e da tortura aplicada pelos policiais e funcionários do aparelho de repressão nas ruas, contra os estudantes, grevistas ou quaisquer manifestantes que ousassem se organizar e protestar, e também nos quartéis e delegacias, contra os suspeitos e presos políticos. Além destas denúncias, Márcio instigou os pais a boicotarem a parada militar, comemorativa da Independência da República, em sete de setembro, com a sugestão de proibir o desfile dos filhos ao lado da exibição ostensiva do temido armamento militar. Por fim, em tom de sarcasmo, sugeriu que as mulheres brasileiras não namorassem oficiais comprometidos com o regime militar, até que a repressão terminasse.³¹⁸

Esse discurso foi sentido pelo alto comando militar, que, surpreendentemente, não se irritou com as acusações de violência, mas muito mais com o conselho para as mulheres. Os discursos foram impressos na íntegra em folhetins e distribuídos nos

³¹⁷ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo (1964-1985)**. Tradução de Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 165.

³¹⁸ ALVES, Márcio Moreira. **O pretexto**. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/AI-5/mmalves.htm>. Acesso em: 31 out. 2000. p. 01.

quartéis, ferindo de morte o brio viril dos bravos soldados, que tomaram as insinuações sobre a recusa das mulheres como ofensa pessoal e se convenceram de que um alto preço deveria ser pago pelo autor de tamanha ousadia.³¹⁹ A atitude de divulgar nos quartéis as palavras provocadoras, fazia parte de uma estratégia dos militares linha dura para revoltar a classe militar contra as atitudes de parlamentares, que como Márcio Alves, incitavam o comportamento oposicionista dentro do Parlamento, para então ter o apoio para fechar o Congresso Nacional. Não que as poucas palavras do deputado tivessem tanto relevo para os comandantes, mas eram preciosas naquele momento para deflagrar a onda de perseguições, justificando também mais um Ato Institucional, que viesse avisar a todos que os militares ainda dominavam o país com braço forte.

O presidente Costa e Silva desejava que a imunidade parlamentar do deputado Márcio fosse suspensa, para que o mesmo pudesse ser punido, mas o Congresso em uma atitude de coragem, negou o pedido do governo.³²⁰ Em meio ao grande público que assistia a votação no Congresso, uma voz começou a entoar o hino nacional e mesmo sob o toque incansável das campainhas que pediam ordem ao recinto, as vozes não cessaram e, em curto tempo, todos estavam de pé, cantando emocionados, cientes da importância do momento histórico que viviam.³²¹ O Congresso decidiu manter a imunidade parlamentar de Márcio Alves, entretanto, logo depois, o deputado partiu para o exílio, ciente que não existiria mais espaço para sua atuação digna, já que se tornara um *inimigo interno do Estado* e, como tal, corria sério perigo de vida. A posição tomada pelos congressistas foi de certo modo egoísta, porque refletia muito mais o medo de que outras suspensões comessem a ser pedidas, colocando em xeque a própria respeitabilidade das Casas Legislativas e os seus próprios mandatos. Por outro lado, os deputados tomaram para si a culpa da passividade dos parlamentares atuantes na data do golpe de 1964, sentindo-se na responsabilidade de tomar uma posição heróica que recompensasse a convivência custosa daquela data.³²²

Outro fato que contribuiu para que o Ato Institucional nº 5 fosse editado, partiu do Judiciário, órgão de Estado que também sofria sérias intervenções por causa do regime

³¹⁹ SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 162.

³²⁰ Ibid., p. 165. Isso em 12 de dezembro de 1968.

³²¹ ALVES, Márcio Moreira. Op. cit. p. 2.

³²² SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 164.

militar.³²³ Mesmo com um maior número de membros comprometidos com os militares, o Supremo Tribunal Federal revogou a prisão de 81 estudantes, entre líderes e participantes de manifestações públicas contra o governo, que estavam presos há meses por conta de uma passeata no Rio de Janeiro.³²⁴ Isso tornou óbvio que afrontas diretas estavam sendo tomadas contra os militares governistas, antes vindas diretamente do Legislativo e agora também do Judiciário, poderes que mostravam suas garras contra as ações da ditadura instaurada. Outra não podia ser a solução do que reprimir eficazmente essa *rebelião*, com um documento que injetasse mais poder ao Executivo, que o dotasse de instrumentos hábeis para controlar a ordem interna e a sublevação dos órgãos institucionais.

Este documento veio à luz no dia seguinte a citada votação no Congresso, exatamente em 13 de dezembro de 1968, quando o Poder Executivo decretou o Ato Institucional n. 5, que em muito repetia as instruções do primeiro e do segundo atos, mas que continha uma omissão ameaçadora: não tinha data certa para expirar.³²⁵ Ninguém sabia quanto tempo poderia durar a violência institucionalizada sem precedentes do Estado. Em seu preâmbulo, dentre várias palavras de justificativa, rememorando os objetivos da inusitada *revolução*, destaca-se:

Considerando que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro... 'não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará' e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;³²⁶

A frase em destaque já tinha sido pronunciada no preâmbulo do Ato Institucional n.2 e reflete a insistência dos militares em permanecer no poder, mesmo às custas da desenfreada violência física e do terrorismo, ao se proclamar no direito de expurgar todos os elementos que promovessem desordens ou oposição às diretivas da doutrina de segurança nacional. O poder revolucionário ainda se referia a uma inexistente justificação na confiança popular, como se dela retirasse o único fio que o prendia à legitimidade.

³²³ O Ato Institucional n. 2 aumentou de 11 para 16 o número de juízes que compunham o Supremo Tribunal Federal, única maneira encontrada por Castelo Branco, sob pressão dos linha dura, para intervir nas decisões tomadas pela Corte Suprema, que teimava em revogar as prisões ordenadas pela revolução. O excedente numérico seria indicado pessoalmente pelo Presidente da República, que assim garantiria a maioria imprescindível para a manutenção das prisões arbitrárias. SKIDMORE, Thomas. Op. cit. p. 102.

³²⁴ Ibid., p. 165.

³²⁵ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 131.

³²⁶ BRASIL. Presidente da República. Conselho de Segurança Nacional. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em <www.fpabramo.org.br/AI-5>. Acesso em 31 out. 2000.

O exame geral de alguns aspectos do Ato Institucional n. 5 revela que os poderes extraordinários que o Executivo concedeu para si mesmo, incluíam desde a faculdade de fechar o Congresso Nacional e as Assembléias estaduais e municipais até a possibilidade de demitir, remover, colocar em disponibilidade os funcionários públicos pertencentes a qualquer hierarquia. Importa perceber que no mesmo artigo em que há a autorização para que o Executivo feche as Casas Legislativas, há também a transferência da competência legislativa para o próprio Executivo correspondente. Portanto, ao determinar o recesso parlamentar o Executivo ganharia em duas medidas: livrar-se-ia dos controles do Legislativo e tomaria para si o poder legiferante.

Vê-se, pois, que um dos estandartes do regime democrático e constitucional de governo estava destruído, qual seja o da separação dos poderes de Estado, devido a hipertrofia do Executivo que além de estar isento do controle político exercido pelo Legislativo, ainda usurpava para si seu poder principal, que é o de elaborar leis. Infelizmente, este não era um fator isolado que afetava a instauração de um regime democrático, porque sob o aspecto formal a democracia já estava seriamente comprometida, desde que houvera a suspensão do exercício do voto direto para várias categorias eletivas, que passaram a ser escolhidas indiretamente, com uma periodicidade que era determinada ao sabor das decisões militares e das intempéries dos atos institucionais.

No que tange às garantias constitucionais processuais e à presunção de inocência, existem alguns tópicos a serem relacionados. Além do poder de suspender os direitos políticos por dez anos, o Ato concedia *carta branca* para que a autoridade encarregada de declarar esta suspensão, pudesse também fixar outras restrições aos punidos, que poderiam versar sobre direitos públicos e privados.³²⁷ Não há dúvida de que esta foi uma importante arma nas mãos da ditadura militar, apropriada para o trato com os cidadãos que servissem de obstáculo ou que oferecessem alguma resistência oposicionista à implementação total da *revolução*. Por outro lado, tamanho poder destituído de limites legais abria espaço para que inúmeras arbitrariedades pudessem ser cometidas, de modo a autorizar a violação aberta dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Todavia, o tratamento mais rigoroso previsto pelo Ato Institucional n.5, estava destinado aos que cometessem crimes políticos, tipificados com fartura de detalhes nas

inúmeras e abrangentes leis de Segurança Nacional, que se especializavam continuamente, renovadas a cada empenho repressivo, para a manutenção da ditadura militar. Examine-se o teor deste artigo do Ato Institucional n. 5: “Art 10 – Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”³²⁸ Com a suspensão desta garantia fundamental, o direito de liberdade física estava seriamente mutilado, senão excluído, para os que fossem acusados de cometer crimes de natureza nitidamente política, inseridos na ofensa contra a segurança nacional. Pois, de que adianta dizer que o acusado terá seu direito de liberdade física preservado dos excessos do *jus puniendi*, se no momento em que houver uma violação, ele não tem o acesso aos instrumentos jurídicos hábeis para garantir esse direito? O fato do crime ser político, contra a segurança nacional, em nenhum sentido justifica a supressão deste remédio jurídico histórico, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824.³²⁹ Não há espécie de crime que justifique a sobreposição total do *jus puniendi* ao *jus libertatis*, de modo a colocar o Estado em posição de proeminência absoluta sobre o indivíduo.

Por mais que os sistemas penais se fundamentem na promessa de instituir um procedimento justo para aferir a culpabilidade da pessoa, nada valem sem a previsão de institutos aptos à proteção da liberdade física. Afinal, a liberdade física é o direito em jogo no decorrer de um processo penal, mesmo de índole política, já que este se fundamenta sobre a fixação de tipos penais, na determinação da culpa e na aplicação da pena, a qual, modernamente, repousa sobre a supressão da liberdade física, tal como vigora para os crimes comuns. Somente no fim do processo, quando a culpa estiver amplamente provada por meios pré estipulados em lei, constatada por um juiz imparcial, é que a pena poderá ser aplicada, geralmente com a supressão da liberdade física do culpado, por um espaço de tempo. Percebe-se que esta privação, quando operada no decorrer de um processo penal, gera controvérsia sobre seu fundamento e validade, além de se constituir pedra de toque dos regimes autoritários, que utilizam este artifício para

³²⁷ Ibid., artigo 5º, § 1º.

³²⁸ Ibid., artigo 10.

³²⁹ Reconhece-se, todavia, que o habeas corpus apesar de previsto pela Constituição de 1824, foi delineado como instituto jurídico processual somente com os complementos do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832, onde implementou-se como verdadeira garantia individual. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: J. Kofino, 1955. p. 121.

coibir a ação de indivíduos, que intentam contra a ordem instituída, com maior rapidez possível, mesmo antes da sentença final. Esta é a construção erigida como Processo Penal moderno, do qual a presunção de inocência faz parte como uma garantia do direito de liberdade individual.

Portanto, é fácil deduzir que a presunção de inocência resta amplamente prejudicada frente a estas circunstâncias, que podem ser agrupadas como segue. Primeiramente, se, por um lado, a privação temporária da liberdade física constitui pena, em casos que o *jus puniendi* estatal prevaleceu contra *jus libertatis* do indivíduo, ela deve ser aplicada depois de comprovada a culpa do acusado, reconhecida em juízo, por um magistrado competente e imparcial. Fora deste universo, excetuam-se os casos de prisões cautelares, realizadas antes da sentença, que devem se restringir a hipóteses determinadas em lei e calçadas em dispositivos de defesa, do naipe do habeas corpus, suficiente para socorrer o acusado dos excessos cometidos. O fato da prisão poder ser aplicada antes da sentença, sem que o indivíduo tenha ao alcance um remédio como o habeas corpus, para reverter os casos de prisões ilegais ou arbitrárias, torna-o uma presa fácil para o *jus puniendi*.

O habeas corpus se apresenta como um limite ao *jus puniendi*, notadamente porque submete as ordens de prisão ao exame da autoridade superior àquela que determinou sua expedição, que tem o poder de examiná-la e de revertê-la. Sem este importante instrumento de defesa o indivíduo poderá sofrer conseqüências punitivas antes mesmo da sentença final e, nesse ponto, a suspensão do habeas corpus coloca-se como óbice à presunção de inocência. Explica-se. O indivíduo fica excessivamente submetido e indefeso face ao *jus puniendi*, de modo que se opera uma minimização de seu *jus libertatis*, a ponto de cair por terra a presunção de inocência. Não há como sustentar a presunção de inocência durante um processo no qual o acusado pode ser preso conforme o alvitre da autoridade responsável, sem poder exercer sua defesa para revogar a ordem de prisão, circunstância que evidencia o sério risco dele sofrer as conseqüências da pena antes da condenação, sem ao menos saber se ela ocorrerá. Há um notório desequilíbrio de forças entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, de modo que a tensão se resolve em favor do primeiro, retirando o espaço de atuação da presunção de inocência, que opera sempre em defesa do segundo.

Nos três significados possíveis, a presunção de inocência é rejeitada, senão veja-se: o acusado não é *tratado* como inocente, já que pode ser preso a qualquer momento e por qualquer motivo, sem dispor de meios para readquirir o *status* de liberdade física; no exame probatório do processo não há uma *regra de juízo* que afirme sua inocência, já que sobre ele pesa a constante ameaça de suspeito e de prisão; e, por último, este processo não é regido por um *modelo* orientado pela presunção de inocência, mas pela proeminência dos interesses de Estado.

Além de retirar de alguns acusados a garantia do habeas corpus, o Ato Institucional n. 5 operou outra exigência surpreendente, na redação do artigo 11: "Excluem-se de qualquer apreciação judicial os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos."³³⁰ Os Atos Complementares, como a própria denominação sugere, compunham-se de diretivas indispensáveis para a regulamentação do Ato Institucional, detalhando com maior propriedade as circunstâncias de sua atuação, elidindo dúvidas que pudessem vigorar acerca de sua interpretação e correta aplicação. Ou seja, os Atos Complementares acabavam por estender a atuação dos dispositivos franqueados pelo Ato Institucional. E todos os efeitos e decisões que derivassem dos dispositivos dos Atos Complementares, estavam excluídos da apreciação judicial, retirados da órbita de proteção oferecida pelos direitos fundamentais organizados na Constituição e nas leis processuais, despindo o indivíduo de todos os direitos que lhe são pertinentes, deixando-o completamente a mercê da violência e dos desmandos da ditadura militar.

Nem há como se pensar em presunção de inocência, se nem mesmo o indivíduo possuía o direito de submeter ao exame jurisdicional as restrições de direitos, impostas através das autoridades investidas pelos Atos Institucional e Complementares, que poderiam interferir diretamente na sua esfera de direitos e liberdades individuais. Não é somente a presunção de inocência que está excluída, mas todos os direitos e garantias processuais, pois o indivíduo perdia o direito de se defender de acusações sérias que depunham contra sua conduta e efeitos definitivos sobre sua vida pessoal, levadas a cabo após as investigações realizadas pelos órgãos repressivos do Estado; perdia o direito de reverter as decisões tomadas em nome de um suposto interesse da revolução; perdia, enfim, o próprio direito de ação. Nada mais restava ao indivíduo do que acatar, mesmo

³³⁰ BRASIL. Presidente da República Federativa do. *Ato Institucional n° 5*. Art. 11.

que irredimido, as duras sanções impostas pelo regime, que obedecia aos princípios de uma justiça própria, da qual os únicos beneficiários eram os poucos ocupantes do poder militar e, agora também, político.

Como foi vislumbrado em outras ocasiões da história política dos povos ocidentais modernos, quando um suposto interesse do Estado está acima da tutela do indivíduo, diversas justificativas são elencadas para usurpar dos mesmos os direitos e garantias que lhes são pertinentes, que protegem inclusive a indispensável liberdade física, conquistados arduamente durante longos séculos de luta contra a tirania e a opressão dos poderes dominantes nos territórios. Por razões nem sempre inteligíveis, o Estado passa a valer mais do que o indivíduo, máscara que por vezes esconde o interesse de um grupo que se coloca como portador dos valores e pretensões universais e que se arroga no direito de calar e subjugar um sem número de cidadãos, que devem sacrificar inclusive esse *status* em nome de uma razão de Estado corrompida.

3.3.3. Regime militar e Constituição: manobras de legitimidade

Uma tônica comum ao período da ditadura militar, como anteriormente salientado, foi a constante necessidade de legitimar seus atos, originalmente maculados de violência e arbitrariedade, em documentos jurídicos tecnicamente estruturados, os quais eram, por vezes, acompanhados do consentimento induzido do Congresso, na tentativa de cobrir o regime com a aparência de legalidade e apoio popular. A dominação exercida pela ditadura militar caracterizou-se por se manter, em primeiro lugar, pela força física e armada, superioridade que era sempre exibida e acionada para controlar a sociedade e, em segundo lugar, pela farsa do discurso empregado para ludibriar as massas, acerca da transitoriedade do regime de força, dito como indispensável para conduzir o país para a real democracia.

Nesse contexto, a *mania de Constituição* daquele período revela nada mais do que a constante adequação da Carta Política do país às intermináveis medidas excepcionais de controle policial da sociedade, seja através das incontáveis emendas, ou da edição de uma nova, como foi a de 1967. Em vez de expedir documentos sob a égide da Constituição Federal, como agiria um governo democrático, realizava-se o contrário, expediam-se comandos normativos conforme as necessidades circunstanciais e os interesses de segurança nacional, sem se importar com fatores como coerência ou submissão às normas

jurídicas superiores, para depois elaborar uma nova Constituição que englobasse os comandos excepcionais. Havia urgência em se agregar os controles dos Atos Institucionais e seus complementos na Constituição, constatando-se que: “Tais controles perderam assim seu caráter excepcional, que se fundamentara no poder *revolucionário*, ganhando força de poder *constitucional*. [grifo da autora]”³³¹ Portanto, a Constituição se prestou ao grande papel de institucionalizar a doutrina da segurança nacional, revestindo de legalidade os preceitos espúrios dos Atos Institucionais.

Por outro lado, era desejo dos militares alimentar uma excelente imagem do seu Governo no exterior, onde seria visto com mais respeitabilidade se obedecesse a Constituição, livrando-se assim da pecha de governo revolucionário e ditatorial, exibindo-se como um regime instaurado sim através de uma revolução, mas que agora estava institucionalizado pela lei. Os militares conservadores não suportavam a acusação de estar agindo como um grupo de *foras da lei*, atitude que com tanta energia combatiam, todavia, como as leis não favoreciam seus objetivos, o melhor caminho era modificá-las, adaptando-as as suas conveniências.

Cumprido em seguida examinar sucintamente a Constituição do Brasil de 1967, produzida em pleno período da ditadura militar brasileira, não desprezando a existência da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que também foi editada durante o regime de força. Mesmo sem abraçar aqui o mérito da questão de se considerar ou não a Emenda 1/69 como uma nova Constituição,³³² fato é que ela não trouxe inovações substanciais para a disciplina dos direitos e garantias individuais, a ponto de merecer um estudo detalhado nessa pesquisa.

³³¹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 111.

³³² Apenas como ilustração, elenca-se aqui, entre os que entendem que a Emenda Constitucional 01/69 não pode ser considerada uma nova Constituição, mas continuação da Constituição de 1967, Paulo Bonavides, o qual afirma que: “Não há pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo o sistema não foi alterado pela Emenda nº 1, embora esta tenha promovido algumas modificações no seu texto.”. O mesmo autor ressalta que o acompanha nesta posição Pontes de Miranda e Aliomar Baleeiro, além da solidificação deste entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 443 e 444. No mesmo sentido está Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual, em efusiva explanação, afirma que a Emenda de 1969, apesar de modificar em vários sentidos a Carta de 1967, não a alterou substancialmente, a ponto de erigir uma nova Carta Política. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1967. In: CICLO DE CONFERÊNCIAS O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, 1, 1977, Brasília. **Anais...** Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 187-202. Em sentido oposto está José Afonso da Silva, que alega: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que se promulgou texto integralmente reformulado...” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 80.

Talvez, o único artigo da Emenda de 1969 que mereça destaque neste trabalho seja o 182, que deu vigência continuada ao Ato Institucional nº 5 e nisso reside sua importância para com os direitos e garantias individuais. Com efeito, esta observação só vem reforçar o fato de que a Emenda 01/69, assim como outras emendas constitucionais de menor estatura, que foram editadas no decorrer da década de 70, estruturaram o maquinário legal que institucionalizou a doutrina de segurança nacional e o instrumental policialesco do Estado autoritário. Pertencem à tentativa do governo militar de legalizar e acomodar os atos institucionais, complementares e decretos presidenciais à previsão da norma constitucional. Contudo, retirando este artigo, nada mais pode ser realçado na Emenda de 1969, no que tange a inovação nos direitos e garantias individuais, que neste ponto é oposta a Constituição de 1967, que sugere maior riqueza de contribuições do que a malfadada Emenda, posterior a sua edição e que procurou descaracterizá-la.

Como já foi adiantado, o exame da Constituição de 1967 enfocará os direitos e garantias individuais, no que interfere no processo penal, no direito de liberdade física e na presunção de inocência, temas que conjuntamente expressam uma unidade indissolúvel.

2.3.3.1. A Constituição do Brasil de 1967

Inicialmente a preocupação será prestigiar as condições históricas em que a Constituição de 1967 foi elaborada, notadamente sobre a forma de composição do Congresso que a aprovou. Somente após estes breves detalhes, examinar-se-á alguns pontos do capítulo constitucional que trata da disciplina dos direitos individuais, que guardam conexão com o Processo Penal e com a presunção de inocência.

O projeto de Constituição foi encomendado pelo Presidente Castelo Branco, através de um Decreto presidencial de abril de 1966, que instituiu a Comissão Especial de Juristas, composta por Levi Carneiro, presidente, ladeado pelos Ministros Orozimbo Nonato e Miguel Seabra Fagundes e pelo professor Themístocles Brandão Cavalcanti. Esta comissão foi incumbida de cumprir com alguns objetivos, dentre os quais: “a) rever as emendas constitucionais e os dispositivos de caráter permanente dos Atos Institucionais, coordená-los e inseri-los no texto da Constituição Federal;”³³³ Com

³³³ BRASIL. Presidente da República. Citado por BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. *Anais da Constituição de 1967: antecedentes através do noticiário da imprensa*. Brasília: Senado Federal, 1967. v. 1, p. 02.

exceção do Ministro Seabra Fagundes, que logo deixou a Comissão, todos cumpriram com afinho o mister ao qual foram designados.³³⁴

Enquanto o projeto era elaborado com parcial tranquilidade, outro era o ânimo que rondava o Legislativo. Os expurgos realizados no Congresso Nacional com fulcro nas inéditas autorizações concedidas pelos Atos Institucionais de nº 1, 2 e 3, retiraram daquelas Casas os focos mais ardentes da oposição e resistência ao regime de força, através de cassação de mandatos e de direitos políticos de alguns parlamentares e do exílio, estimulado para outros tantos perseguidos. Isso não ocorreu apenas nas Câmaras Federais, mas também nas estaduais e municipais em diferentes escalas, já que a *operação limpeza* iniciada desde a tomada de posse de Castelo Branco, não conhecia fronteiras dentro do país. O controle político exigido deveria atravessar todas as camadas de poder, alcançando até os mais distantes rincões, de modo a ajustar as decisões políticas e o apoio forçado, imprescindíveis para o sucesso das políticas governamentais e a manutenção da dominação militar.

Cumprida boa parte dos expurgos, alastrou-se velozmente a instituição das eleições indiretas, retirando do povo o poder de escolha dos titulares dos Executivos estaduais, fazendo esta responsabilidade repousar sobre as Assembléias Legislativas, onde a oposição ao regime estava paralisada, reinando o controle dos militares.³³⁵ Tudo foi planejado para que, da maneira menos exposta possível, o controle fosse efetivado e o poder político central pudesse então implementar suas metas de políticas públicas e de segurança nacional, longamente planejadas na ESG. Dessa maneira, sem causar muito estardalhaço, a forma de dominação intolerante com as oposições poderia passar quase despercebida para os mais desatentos ou indiferentes aos fatos e se fortalecer continuamente.

³³⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. Quanto ao meu afastamento da comissão de Reforma Constitucional. Citado por BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 04. Seabra Fagundes alegou total falta de compatibilidade com os critérios estabelecidos e com a natureza sigilosa com que se desenvolviam os trabalhos, pois a opinião pública não tinha acesso às deliberações. Posteriormente, exasperou-se com os resultados da comissão, emitindo duras críticas ao anteprojeto de Constituição, do qual desejava uma proposta inovadora e liberal e não uma simples acomodação de preceitos dos Atos Institucionais.

³³⁵ Segundo Moreira Alves, o Ato Institucional nº 3 determinou que as eleições para governadores e prefeitos das capitais dos estados, realizar-se-iam indiretamente, pelas Assembléias compostas por uma maioria de aliados, já que permaneciam apenas os membros que sobreviveram ao processo de expurgo da oposição. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 100.

Tais atos não resumem as iniciativas de controle político. Outro importante passo foi a edição de uma legislação eleitoral eficiente para coibir ao máximo a participação da oposição nos pleitos, sejam diretos ou indiretos. Afinal, pouco adiantaria colocar pelas portas dos fundos os indesejáveis opositores e, ao mesmo tempo, deixar a porta da frente aberta para que novos membros entrassem e criassem raízes. De início, uma primeira medida foi a dissolução dos partidos políticos e, logo após, a reunificação dos mesmos sob duas insígnias claras: situação e oposição.³³⁶ Todavia, o desequilíbrio representativo era óbvio, a cena política era monopolizada pela ARENA (Aliança Renovadora Nacional), ao lado do inexpressivo MDB (Movimento Democrático Brasileiro), única oposição permitida. O número de condições impostas para classificar um candidato como elegível era soberbo, atuando como poderoso filtro, a ponto de impedir que várias pessoas se candidatassem regularmente. “Todos os candidatos suspeitos de exibirem uma postura ou ideais incompatíveis com os objetivos da Revolução, eram impedidos de se candidatarem.”³³⁷ Como arremate a este controle preciso, criaram-se também fortes mecanismos de fidelidade partidária dentro das Assembléias Legislativas, punindo com rigor os representantes que, apresentando dissidência de opinião, votassem contra a diretiva imposta pelo “partido”. Tudo condicionava o fechamento do cerco e o afunilamento das possibilidades de oposição ao regime.

Esse foi o panorama presenciado pelas eleições de 1966, agravado ainda pelo fechamento do Congresso pelo prazo de trinta dias, ordenado por Castelo Branco porque os parlamentares que lutavam pelo direito de participarem mais ativamente da redação da Constituição de 1967, estavam se tornando insistentes.³³⁸ Depois de uma conturbada eleição, onde a inscrição do voto nulo e em branco foi a campanha política empreendida pela esquerda,³³⁹ novos membros ocuparam as cadeiras do Congresso Nacional, que estava fechado. Somente com o Ato Institucional nº 4 houve a convocação extraordinária dos parlamentares para que, em um prazo extremamente exíguo, “... discutissem,

³³⁶ Foi o Ato Institucional nº 2, em seu artigo 18, que extinguiu todos os partidos políticos. BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. Op. cit. p. 99. Posteriormente, editou-se o Ato Complementar nº 4, de 20 de novembro de 1965, que expôs novas regras para a organização partidária, criando “Comissões Diretoras”. Ibid. p. 143-148.

³³⁷ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 101. Esclarece a autora que somente no extinto estado da Guanabara, doze membros do MDB foram impedidos de se candidatarem.

³³⁸ PEREIRA, Osny Duarte. *A Constituição do Brasil (1967)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967. v. 2. p. 330-331.

³³⁹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 104.

votassem e promulgassem...”³⁴⁰ o projeto presidencial da nova Constituição Federal brasileira. Entrementes, observe-se que: “As normas estabelecidas invertiam o processo legislativo normal: o projeto seria adotado em sua totalidade, depois do que poderia ser discutido e emendado em determinado prazo. (...) Foram propostas no total 1.504 emendas, mas, por falta de tempo, poucas foram discutidas e menor número ainda chegou a incorporar-se ao documento.”³⁴¹

De todo o exposto, percebe-se que a Constituição de 1967 estava longe de ser a Carta em sintonia com os interesses dos cidadãos brasileiros, mesmo porque estes não tiveram a mínima chance de tomar parte direta em seu processo de discussão e redação, o que também não ocorreu de forma indireta, já que a escolha de representantes não obedeceu aos trâmites exigidos pela lisura democrática. A Constituição era dos militares e, como tal, expressava em suas entrelinhas as indiscutíveis conquistas do poder político, institucionalizando no Brasil o regime autoritário e de força. O que poderia se esperar dos preceitos de uma Constituição elaborada nesses termos?

Como ponto geral, a Constituição de 1967 atribuía ao chefe do Poder Executivo poderes extraordinários para comandar a Nação, centralizando ali o foco de decisão e dotando-o de inúmeros instrumentos para legislar e atrelar a si não apenas o Legislativo, como também o Judiciário. Exemplo disso estava na competência exclusiva do Executivo para legislar em matéria de segurança nacional e finanças estatais,³⁴² reduzindo o Legislativo à tarefa de aprovar ou rejeitar, sem o poder para propor emendas. O Judiciário foi atingido em diversos pontos, dentre os quais cita-se: retirada da órbita de sua apreciação as consequências oriundas dos Atos Institucionais;³⁴³ aumento de 11 para 16, do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais seriam indicados pelo Presidente da República;³⁴⁴ determinação de que todos os crimes contra a segurança nacional fossem julgados pelos tribunais militares e não mais pela justiça comum, o que equivalia a dizer que os civis estariam agora submetidos à jurisdição militar.³⁴⁵ O ponto nevralgico dessas medidas, consideradas em conjunto, foi a violação expressa do princípio da separação dos poderes de Estado, base mestre da democracia, conforme

³⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. Divisão de Edições Técnicas. Art. 1º, § 1º. Op. cit. p.108-110.

³⁴¹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 105.

³⁴² PEREIRA, Osny Duarte. Op. cit. p. 496. Art. 6º.

³⁴³ Ibid., p. 498. Art. 181.

³⁴⁴ Tal medida já havia sido tomada por ocasião do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que havia alterado o artigo 98 da Constituição de 1946. Id.

preludia Ataliba Nogueira, ainda em comentários ao projeto de Constituição, na parte que veio a se concretizar: “O projeto é iconoclasta, derruba instituições consagradas, pela experiência da realidade brasileira... Ele viola o princípio da divisão do Poder, antidemocraticamente prejudica a incompetência do Legislativo, atribuindo superioridade ao Executivo e revela prevenção contra o Judiciário civil, deslocando assuntos de sua competência para a Justiça Militar.”³⁴⁶

O projeto apresentado pela Comissão de juristas não agradou ao presidente Castelo Branco, que preferiu submeter o mesmo à revisão apurada do seu Ministro Carlos Medeiros, este sim, homem de sua confiança que imprimiria no projeto feições mais adequadas ao desejo do presidente e dos militares em sua volta.³⁴⁷ Bastou este projeto ficar pronto, para que vozes brasileiras lamentassem o abandono total da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelo novo ordenamento jurídico pátrio, conclusão patente na simples análise do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, os quais, pelo projeto, estariam relegados ao regulamento mais detalhado de lei ordinária: “Houve retrocesso na prática dos princípios românticos da democracia. Instituiu-se um Executivo forte, de tipo cesarista em desprestígio do Legislativo. Os direitos consagrados foram tornados menores e menos aptos à sua lealdade para com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário.”³⁴⁸

Advogados criminalistas, na mesma esteira, ameaçavam denunciar os preceitos constitucionais do anteprojeto governamental na recém criada Corte Interamericana de Direitos,* por violarem expressamente as declarações de direitos humanos das quais o Brasil havia tomado parte, como a DUDH, notadamente pela omissão, no projeto de Constituição, do direito de ampla defesa, fundamento principal do processo penal de matriz moderna.³⁴⁹ A presunção de inocência foi trazida à tona para defender a manutenção do direito à ampla defesa na nova Constituição, a qual era uma disposição

³⁴⁵ Ibid. p. 497. Art. 122.

³⁴⁶ NOGUEIRA, Ataliba. Entrevista a Genésio Lopes. BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 340.

³⁴⁷ DULLES, John W. F. Op. cit. p. 294.

³⁴⁸ SOUZA, Rui de. Direitos individuais. BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 350.

* Esta atitude seria tomada por estes advogados mesmo cientes de que o Brasil, na época, não fazia parte do PIDCP, que instituiu a Corte Interamericana de Direitos.

³⁴⁹ EDITORIAL. Jornal do Brasil. Criminalistas vêem manobra ditatorial. BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 350.

presente no documento similar de 1946, mas constituiu-se em omissão revoltante no anteprojeto governamental:

Na atual Constituição se diz que aos acusados é assegurada plena defesa, com todos os meios a esta essenciais. O Anteprojeto não se refere a essa plena defesa. A Declaração dos Direitos do Homem diz no seu artigo 11, nº 1, que todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas tôdas as garantias necessárias à sua defesa.³⁵⁰

Devido a inúmeros protestos dos parlamentares, o direito à ampla defesa, assim como muitos outros omitidos, acabaram por figurar na Constituição de 1967, que também não deixou ao alvitre do legislador ordinário o regulamento de matéria do quilate dos direitos e garantias individuais, como queria o anteprojeto governamental. Mesmo assim, nem tudo pôde ser transportado da enunciação de direitos da Carta de 1946, o que resultou em uma fórmula temerosa: “A Constituição de 1946 tinha sido mais liberal na formulação dos direitos e garantias. O Estatuto de 1967 acabou adotando a mesma redação de 1946, porém, nos pontos-chave conservou a porta aberta para enveredar, se possível, pelo caminho de um Estado policial violento.”³⁵¹ O maior problema do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, elencados nos 35 parágrafos do artigo 150 e mais o artigo 151, eram as perigosas e furtivas omissões, em uma redação aparentemente relaxada, que por suas frestas permitia a violação dos direitos individuais. Não era apenas a parte relativa aos direitos e garantias individuais que estava mal redigida, mas a Constituição como um todo padecia da mesma enfermidade, a ponto de levar Afonso Arinos de Melo Franco a dizer que: “A redação era tão má que ele tinha que admitir que nunca tinha visto em sua vida um texto semelhante.”³⁵²

Exemplo notório disso está no § 12 do artigo 150, que regulava a disciplina da prisão fora da condenação judicial. Primeiro leia-se a redação agregada em três parágrafos da Constituição de 1946, § 20: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos previstos em lei.”³⁵³ § 21: “Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida por lei.”³⁵⁴ E, por fim, o § 22: “A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz

³⁵⁰ OLIVEIRA FILHO, João de. Entrevista. Ibid. p. 354.

³⁵¹ DUARTE, Osny Pereira. Op. cit. p. 539.

³⁵² DULLES. John F. W. Op. cit. p. 303.

³⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5. p. 190.

³⁵⁴ Id.

competente, que a relaxará, se não fôr legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.”³⁵⁵ Estes três parágrafos foram resumidos em um só na Constituição de 1967, no citado § 12, com as seguintes letras: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal.”³⁵⁶

A Constituição de 1967 omitiu a maior parte das proteções contra as detenções ilegais, o que permitiria, por exemplo, que uma pessoa permanecesse detida pela polícia para averiguações, sem que este ato fosse uma violação aberta à Carta Política. Tal instrumento era utilizado em larga medida para retirar de circulação indivíduos suspeitos, ocasião em que os mesmos normalmente eram torturados, para revelar informações preciosas para o aparato repressivo. A presunção de inocência, enquanto regra de tratamento, encontra nesta omissão um dos motivos de franca violação. Mesmo prevendo que o juiz competente deveria ser informado acerca de detenções ilegais, certamente quando isso viesse a ocorrer, a comunicação seria por demais tardia para efetivar a proteção legal.

O parágrafo 15 privilegia o direito de defesa³⁵⁷ para os acusados, matéria que como foi visto anteriormente não estava no projeto encomendado pelo comando militar, mas que depois de muita controvérsia e luta dos parlamentares, acabou por ser incluída na Constituição. Este parágrafo também proíbe a vigência de tribunais de exceção, o que infelizmente não exclui a expedição de leis de exceção, que poderiam ser aplicadas mesmos nos tribunais já existentes. O parágrafo 16 consagrou o indispensável contraditório para a instrução processual,³⁵⁸ que aliado ao direito de defesa, perfazem a possibilidade do acusado obter mínimas armas frente ao *jus puniendi*. Neste mesmo parágrafo estava também a previsão legal do princípio da anterioridade da lei penal ou da estrita legalidade em termos penais.

Outra importante inclusão na Constituição de 1967 está no § 35 que assevera: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros

³⁵⁵ Id.

³⁵⁶ Ibid., p. 189.

³⁵⁷ Ibid., p. 219.

³⁵⁸ Ibid., p. 226.

direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”³⁵⁹ Como bem observa Miranda, este parágrafo, que repete o estipulado pela Constituição de 1946, reflete que a interpretação dos direitos e garantias individuais dispostos na Constituição de 1967, deve obedecer a uma tendência de inclusão dos preceitos compatíveis, inclusive com os direitos humanos, ditos supra estatais.³⁶⁰

Em face do exposto, seria animador visualizar, na forma dos parágrafos citados, a disposição dos direitos e garantias individuais da Constituição de 1967, porque não traria impressa a marca tão profunda da ditadura militar. Um analista que tivesse acesso apenas a matéria dos direitos e garantias individuais poderia pensar que esta Constituição era de matriz liberal. Ledo engano. As ordens que comandaram a elaboração da Constituição deixaram sua marca, impuseram a previsão de uma figura estranha face à coerência das antigas Cartas, vestida de um aparente liberalismo político. O artigo 151 da Constituição de 1967, por caminhos tortuosos, abriu farto espaço para que o autoritarismo militar pudesse cercear a liberdade do indivíduo, conforme se examina em sua literalidade: “Aquele que **abusar dos direitos individuais** [sem grifo no original] previstos nos parágrafos 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.”. Parágrafo único “Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do artigo 34, § 3º.”³⁶¹ Esclarece-se que o artigo 8º refere-se à liberdade de expressão e literária; o artigo 23 destinava-se ao direito de liberdade de exercício profissional; o 27 dispunha sobre a liberdade de reunião pública e o 28 regulava a liberdade de associação.

O que mais surpreende na figura inovadora do *abuso de direito* é que não há critérios estabelecidos na Constituição para que este abuso seja caracterizado, a não ser a ofensa à ordem democrática e à prática da corrupção. Ficaria a cargo do Supremo Tribunal Federal fixar quais condutas estariam enquadradas nestes critérios, os quais não

³⁵⁹ PEREIRA, Osny Duarte. Op. cit. p. 536.

³⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967*. Op. cit. p. 617.

³⁶¹ PEREIRA, Osny Duarte. Op. cit. p. 536.

deixariam de ser maleáveis às circunstâncias momentâneas e às pressões dos militares linha dura, já que estes mantinham estreita conexão com os membros daquela Corte Suprema. Essa foi a institucionalização da suspensão dos direitos vergada pelos Atos Institucionais, agora com ares legais concedido pela Constituição.

Mesmo quando esta disposição estava prevista no projeto de Constituição, muitos expuseram seu desacordo com a suspensão de direitos, com o fez o deputado Martins Rodrigues: “Institucionaliza-se assim, em caráter permanente, a punição política adotada como medida de emergência no curso da Revolução.”³⁶² Já o General Mourão Filho, então Ministro do Supremo Tribunal Militar, assim se manifestou: “... é simplesmente a consagração do arbítrio, porque pune com suspensão de 2 a 10 anos, dos direitos e garantias individuais, a quem abusar dos mesmo com o propósito de subversão ou corrupção.” E ainda critica: “...é uma grave impropriedade colocar no artigo da Constituição um objeto específico de Direito Penal que só pode ser expresso numa lei penal.”³⁶³

De modo singelo, são estes os pontos capitais da Constituição de 1967 relacionados ao tema deste trabalho, que mereceram relevo. Esta Constituição expressa o signo da ambigüidade, porque agrega alguns componentes ativos de proteção aos direitos e garantias individuais ao lado de figuras repressivas, que permitem a propagação do medo e da perseguição aos indivíduos. O convívio desta ambigüidade foi o cerne que conduziu à crise do Estado, no estabelecimento do Ato Institucional nº 5.³⁶⁴

3.3.4. A Constituição e o Ato Institucional nº 5: direitos individuais e repressão

Como visto, a Constituição de 1967 possibilitou a admissão de vários preceitos contidos nos Atos Institucionais e Complementares vigentes, seja através de previsão expressa, como foi o caso do artigo 151 ou ainda quando retirou da órbita de apreciação judicial os atos fundados naqueles documentos revolucionários. Entretanto, mesmo depois da controversa promulgação da Constituição de 1967, outros Atos Institucionais e Complementares foram emitidos pelo Presidente da República, fixado como Comandante da Suprema Revolução, como o próprio Ato Institucional n. 5. A questão primeira que se

³⁶² RODRIGUES, Martins. Entrevista. BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 355.

³⁶³ MOURÃO FILHO. Entrevista. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. Op. cit. p. 360.

propõe, é a de esclarecer como se desdobrou a relação entre a Constituição, classificada doutrinariamente como o degrau maior da hierarquia jurídica pátria e um documento excepcional, como o Ato Institucional n. 5, que expressava disposições contrárias ao conteúdo constitucional, inclusive com a ordem expressa de suspender alguns artigos elementares para a proteção do indivíduo.

Tal situação pode ser ilustrada com o fato da Constituição de 1967 prever a figura do habeas corpus, como garantia jurídica contra as prisões arbitrárias, e o Ato Institucional nº 5, editado em período posterior à Constituição, suspender essa garantia na hipótese de cometimento de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular.* Observa-se que mesmo depois da panacéia montada em volta da *promulgação* da Constituição de 1967, fazendo com que esta posasse como documento político que obedeceu às exigências democráticas, os comandantes da *Revolução* detiveram para si o poder de legislar sobre todos os aspectos, mesmo contra a própria Constituição.

Ocorre que a Constituição de 1967 previa mesmo poderes excepcionais para o Presidente da República, como o manifesto no artigo 182, parágrafo único, que concedia unicamente ao Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, o poder de fazer cessar total ou parcialmente as disposições reguladas pelo documentos jurídicos da revolução. Ou seja, apenas o Presidente poderia invalidar o vigor coercitivo dos atos Institucionais ou Complementares, emitidos em nome da dita Revolução. Os objetivos dos militares estavam em grau superior aos da Constituição, dos exíguos mecanismos da democracia formal e material, dos direitos humanos e da vontade popular. Tudo estava submetido ao sucesso da *revolução*, estranha aos anseios dos cidadãos, mas que agia em seu nome e para sua tutela. Dessa forma entendiam alguns dos próprios intérpretes da lei brasileira, como assinala este magistrado da época:

Enquanto viver a Revolução de 1964 – e seus líderes asseguram que ela prosseguirá, que o processo revolucionário não poderá ser detido –, é de crer-se que o ordenamento jurídico da Revolução irá permanecer e prevalecer sobre a própria Constituição, no sentido de que o poder de emenda, de que dispõe o Congresso Nacional, não irá desmontar ou enfraquecer o chamado Poder revolucionário, ou seja, não irá despir o Presidente da

³⁶⁴ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 111.

* Consulte-se mais detalhes no anterior item 3.3.2.2 que explicita alguns ditames do Ato Institucional nº 5.

República, que encarna e conduz a Revolução, da parcela adicional de poderes de que foi investido êsse alto mandatário.³⁶⁵

Uma comparação possível de ser realizada é a que aproxima o conteúdo dos Atos Institucionais com as cláusulas pétreas inseridas em algumas Constituições, as quais só podem ser modificadas na redação de outra Constituição. Mas, ainda assim, as cláusulas pétreas estão em desvantagem, porque podem ser alteradas, mas não abolidas e as disposições pertencentes aos Atos Institucionais nem sequer podem ser alteradas por outro poder que não o detido pelos militares, na Presidência da República, ou compondo o Conselho de Segurança.

Os direitos individuais elencados na Constituição de 1967 também estavam sob a batuta dos militares, que comandavam o golpe continuado após 1964, e detinham sob sua exclusiva vontade a decisão de mantê-los ou suspendê-los, conforme exigisse a segurança nacional e os objetivos da *revolução*. Não havia mais óbices legais para este Estado excepcional, que inclusive confeccionou sua Carta Magna em uma atmosfera anti-democrática, com irrisória participação do Congresso Nacional, o qual não passou de um agente de legitimação da vontade dos comandantes militares e do seu Presidente, investido na República brasileira. Não havia, portanto, garantia nenhuma de que os direitos individuais seriam mantidos ou mesmo respeitados, apesar de descritos com certo vigor na Carta de 1967.

A comprovação disso está nos inúmeros relatos de tortura, prisões arbitrária cometidas contra os cidadãos; censura da imprensa falada, escrita e televisada; censura dos espetáculos culturais; perseguição dos políticos de oposição; morte³⁶⁶ e desaparecimento de inúmeras pessoas.³⁶⁷ Esta é uma das provas mais salutares de que a barbárie cometida pelos militares na ditadura pós 1964, continua acesa na memória de milhares de brasileiros que viveram e sofreram os desatinos cometidos contra os direitos

³⁶⁵ BARROS, Hamilton de Moraes E. A proteção jurisdicional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v., p. 65-82, out./dez. 1971. p. 80.

³⁶⁶ "O número de brasileiros mortos por tortura, assassinato e 'desaparecimento' sob o governo militar, no período 1964-81, foi, segundo o cálculo mais autorizado, de 333, incluindo 67 mortos na guerrilha do Araguaia em 1972-74." SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo...* p. 516.

³⁶⁷ Para se ter uma visão mais detalhada, que dê conta de parte das atrocidades cometidas contra os indivíduos durante a ditadura militar brasileira posterior a 1964, recomenda-se a leitura atenta de uma das coletâneas mais reais e palpáveis do período, onde são reunidos diversos relatos e dados importantes sobre a tortura e o tratamento dispensado aos indivíduos. **BRASIL: nunca mais**. Um relato para a história. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

humanos naquela época, dentre estes a presunção de inocência. Se o indivíduo perdeu até o direito a vida, que dirá então do direito a ser tratado ou julgado como inocente?

2.4. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – a ditadura brasileira e os direitos humanos

Enquanto o comando ditatorial militar no Brasil enfrentava dificuldades para dar continuidade ao golpe iniciado em 1964, as Nações Unidas implementaram um dos objetivos traçados pela DUDH: o de institucionalizar através de um tratado internacional, os direitos humanos antes apenas declarados como ideal universal dos povos. Foi uma etapa secundária a DUDH, pois esta não tinha, por si só, o condão de vincular os Estados signatários ao cumprimento dos direitos ali elencados e, portanto, precisava de um documento estruturado sob um pacto, porque este tem maior força normativa. Neste tópico ilustrar-se-á de maneira abreviada como a presunção de inocência ficou caracterizada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Desde que os países assinaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, havia a consciência geral de que a mesma não tinha um valor jurídico preponderante, que concedesse força aos seus comandos. Afinal, a Declaração não era um documento jurídico de porte adequado para fornecer a juridicidade exigida para a proteção dos direitos humanos, mas expressava-se como um acordo comum entre os povos, para que fosse inserido nos ordenamentos jurídicos gradativamente, conforme as circunstâncias jurídicas e políticas de cada país signatário. Por isso, foi estipulado que novas comissões, com membros de todos os países, seriam formadas para estudar e elaborar a estrutura dos direitos já reconhecidos e reorganizá-los sob a égide de um tratado de direito internacional e sob a vigília de um tribunal competente para punir os Estados que não cumprissem o que se comprometeram a realizar. Isso foi necessário, primeiramente, porque a redação da DUDH, apesar de muito clara, era concisa e, no mais das vezes, não explicitava o conteúdo mínimo para cada direito, permitindo interpretações nem sempre aconselhadas. Também não havia nenhuma consequência jurídica para os Estados violadores dos direitos humanos.

Por outro lado, um estudo ampliado era imprescindível para cimentar o direito já reconhecido com objetividade, esclarecendo o seu significado e os elementos que o compunham, cercado-o de instrumentos aptos para fiscalizar a sua efetividade com

segurança. Atendendo a fins metodológicos e a um compromisso diplomático, as comissões das Nações Unidas se encarregaram de confeccionar dois documentos distintos, cada um contendo diretivas referentes a matérias distintas: um contendo as liberdades individuais clássicas, que se prestavam à proteção dos direitos individuais, designado como Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), e outro tratando dos direitos econômicos, coletivos e sociais, nomeado como Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. O mais importante é que os Pactos, por adotarem a forma de tratado internacional, estipularam obrigações jurídicas para seus signatários e consolidaram o ideal da DUDH, que era o de proteger a vida e a dignidade humana em um documento revestido de juridicidade, pois seu conteúdo seria fiscalizado, impondo punição para seus violadores.

Junto ao PIDCP firmou-se um Protocolo Facultativo, que concedia a competência para um Comitê de Direitos Humanos, especialmente para receber comunicações tanto dos Estados-partes como de possíveis vítimas de violação dos direitos enunciados no Pacto.³⁶⁸ Tais comunicações, restritas ao Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos, seriam examinadas e encaminhadas para a tomada de medidas cabíveis para cada caso. Diferentemente da grande adesão obtida pelos Pactos, este Protocolo foi objeto de muita discordância na Assembléia das Nações Unidas, como bem observa Comparato: “Enquanto ambos os documentos foram aprovados unanimemente pela Assembléia Geral, a aprovação do Protocolo teve dois votos contrários e trinta e oito abstenções, provenientes não só de países comunistas e da maioria dos países asiáticos, africanos e árabes, como também do conjunto dos países da Europa Ocidental.”³⁶⁹ O temor de grande parte dos países que se abstiveram de aprovar o Protocolo Facultativo, estava na criação do Comitê, que com sua atividade poderia se intrometer nos assuntos internos, o que não era visto com bons olhos.

Foram quase vinte anos, contados desde a aprovação da DUDH, para que um documento apropriado, que reunisse os anseios nem sempre convergentes de diversos países, fosse elaborado e colocado a disposição de tantos quantos quisessem e pudessem

³⁶⁸ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Direitos humanos...* Op. cit. p. 389-392.

³⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252.

aderir. O PIDCP que dispôs sobre a presunção de inocência, dedicou a este princípio uma posição de destaque, inserido no corpo do artigo 14, o que pode ser constatado pelos outros direitos que foram reconhecidos em contigüidade:

- 2) Toda a pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.
- 3) Toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) de ser julgado sem dilações indevidas; d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da Justiça assim o exija, de ter um defensor *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que disponham a acusação; f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.³⁷⁰

O item 03 tem íntima ligação com o 02, que enuncia abertamente a presunção de inocência. A prova completa da culpa fica instituída como o requisito imprescindível para que a presunção de inocência do indivíduo em questão seja suspensa, no ato de condenação da sentença judicial, lastreada em provas de autoria e materialidade do delito. Somente a prova da culpa pode retirar do indivíduo esta condição, intrínseca a sua natureza e lhe imprimir o caráter de culpado, com todas as sanções eqüitativamente cabíveis. Novamente a ilação de Comparato: “Observe-se que a presunção de inocência somente se desfaz com a condenação definitiva do réu. É inaceitável, portanto, estabelecer-se em lei a apresentação do réu à prisão como condição de admissibilidade do processamento do seu recurso contra a sentença condenatória.”³⁷¹

Ambos os Pactos Internacionais foram aprovados pelas Nações Unidas em 1966, ano em que o Brasil sofria a implantação do regime ditatorial militar e, como era de se esperar, não havia plausibilidade para que tais tratados fossem reconhecidos formalmente. Isto porque não havia uma coincidência de propósitos, já que o PIDCP contemplava princípios inspirados no ideal democrático, como base para sustentar a liberdade individual e os direitos sociais, enquanto no Brasil os militares instituíam um regime de força, com a produção jurídica de documentos de caráter excepcional, que autorizavam a suspensão de

³⁷⁰ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Direitos humanos...* Op. cit. p. 377.

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 278.

direitos civis e políticos de indivíduos contrários as concepções e a ordem por eles esposadas. Era incoerente firmar no exterior o compromisso de respeitar uma lista de direitos humanos que privilegiavam sobretudo o indivíduo, em detrimento dos interesses do Estado e, ao mesmo tempo, sistematicamente violar os mesmos direitos em nome da supremacia da ordem estatal. Enquanto a democracia não voltasse a reinar soberana em solo brasileiro, era inviável e contraditório para o Estado se comprometer com o respeito aos direitos individuais consagrados pela história da humanidade. Os Pactos aguardaram para que a democracia fosse restabelecida no Brasil, ao menos em um sentido formal, momento no qual a proteção do indivíduo talvez tivesse prevalência sobre a proteção dos supostos interesses de manutenção do Estado.

Isto explica o fato de que somente em 13 de dezembro de 1991, sob a égide de uma Constituição democrática, através do Decreto Legislativo nº 226, o PIDCP foi aprovado pelas autoridades brasileiras, que o promulgaram aos 06 de dezembro de 1992, por meio do Decreto nº 592.³⁷² Todavia, nesta data a presunção de inocência já tinha adquirido no Brasil o *status* de princípio constitucional, mas, mesmo assim, o contributo da redação do PIDCP atuou não apenas na melhoria da redação do princípio da presunção de inocência, como também na maior amplitude de sua interpretação pelos juristas brasileiros, nem sempre esclarecidos com suficiência de informações sobre o triplo significado da presunção de inocência. Esta nova era política, de renascimento da democracia, brindada com uma nova Constituição, que concedeu diferentes contornos ao entendimento da presunção de inocência no Brasil, será objeto de estudo do próximo capítulo.

³⁷² BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos humanos...** Op. cit. p. 370.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO: SEGUNDO MOMENTO (1980-2000)

A década de 1980 representou um marco para os direitos e garantias individuais no Brasil, que, ao reencontrar o caminho da democracia, reafirmou em uma nova Constituição seu propósito em assumir a guarda e a efetivação dos direitos relativos à proteção do ser humano. Contudo, como pôde ser visualizado no capítulo precedente, mesmo em face da vivência da ditadura militar, parte dos direitos e garantias individuais não foram abandonados formalmente, pois a violação mais contundente era presenciada na prática cotidiana da repressão política, que em nome de uma *razão de Estado*, perseguia, prendia, torturava e até matava, para extinguir o *inimigo interno* que intentava contra a segurança nacional. A legislação previa um universo de dispositivos para a proteção dos indivíduos, mas adormecia inerte perante a realidade da violência praticada nas ruas e no silêncio das prisões militares.

O advento da abertura política foi o primeiro passo para a alteração desse estado das coisas. Obra engendrada pelos militares no poder, a abertura ocorreu gradativamente por meio de ações políticas eficazes, que objetivavam flexibilizar os comandos das instituições políticas brasileiras, inserindo formas democráticas para o seu funcionamento. Tais ações foram planejadas pelos militares porque se tornaram imprescindíveis para a administração do poder político, devido a corrente insatisfação das elites com a crise econômica e, conseqüentemente, com o governo militar. A par disso cresceu um numeroso movimento popular de pressão, ensejo ideal para que as transformações ocorressem com mais agilidade. A onda de transformações também contagiou os tribunais superiores, onde juízes sensíveis a recente atmosfera democrática brasileira passaram a estruturar seus argumentos decisórios em bases não convencionais até então, fato perceptível na referência expressa da presunção de inocência em alguns acórdãos da época. Depois de anos de esquecimento ou de frágil interpretação jurisprudencial, impressiona acompanhar o ressurgir da presunção de inocência no teor das decisões penais brasileiras de última instância, a ponto de culminar na sua inclusão na nova Constituição de 1988.

Com efeito, o que torna a década de 1980 notável historicamente para o Brasil é a promulgação de uma nova Constituição Federal em 1988, que extirpou as notas autoritárias impostas pela ditadura militar nas instituições políticas e na sociedade civil, conhecidas como *entulho autoritário*. Faziam parte desse entulho inúmeros decretos-leis emitidos pelo Poder Executivo, além das diversas emendas à Constituição, de alguns atos institucionais e de certos dispositivos da Lei de Segurança Nacional, que sobreviviam em meio a afirmação constitucional dos direitos e garantias individuais e no contexto da transição democrática, o que provocava uma anomalia generalizada no ordenamento jurídico brasileiro. A Carta de 1988 não apenas deu continuidade à proteção dos direitos individuais já enumerados pelas anteriores, como também inaugurou uma gama invejável de novas disposições concernentes à disciplina, a ponto de colocar o Brasil em sintonia com a vanguarda internacional, expressa no teor dos tratados e das declarações de direitos, assim como das constituições estrangeiras. Com a nova Constituição, a presunção de inocência encontrou espaço para sua primeira formulação genuinamente brasileira, resultado de um amplo debate parlamentar, que buscou conciliar interesses de matizes diversas.

Elevada ao degrau de norma constitucional, a presunção de inocência ganhou plena difusão através da jurisprudência, no mais das vezes produto do inevitável confronto com as disposições vigentes do edifício jurídico ordinário penal e processual penal, visto que a maioria delas sobreviveram intactas desde a década de 1940, carregando consigo o pano de fundo autoritário em que foram editadas. Certamente, coube aos tribunais superiores uniformizar a discrepância suscitada no seio dos tribunais inferiores, produzindo diversa jurisprudência.

Neste capítulo pretende-se primeiramente descrever os principais atos políticos que consubstanciaram a transição democrática na década de 1980, para então observar os seus reflexos nos tribunais superiores, onde construiu-se uma nova jurisprudência para a presunção de inocência. Em uma segunda etapa examinar-se-á a Constituição Federal de 1988, acuradamente no que se refere aos direitos e garantias individuais que possuem íntimo relacionamento com a área processual penal, para, em seguida, estudar a inserção da presunção de inocência neste documento, esforçando-se por compreender a literalidade ali exposta. Por fim, privilegiar-se-á algumas interpretações sustentadas pelos tribunais superiores pátrios.

4.1. O período da transição democrática: emergência da presunção de inocência na jurisprudência

A transição democrática³⁷³ no Brasil foi um processo lento e planejado, ensaiado desde os últimos anos da década de 1970, atravessando estágios de avanços e retrocessos, que se tornaram visíveis com maior nitidez apenas na primeira metade da década de 1980. O fim desse processo, que pode ser considerado como uma nova era democrática para o Brasil, ocorreu somente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual colocou abaixo os traços ditatoriais que maculavam a estrutura institucional. Como toda a transição, esta também conheceu passos dolorosos, tomados em meio a corajosos apoios e ferozes resistências, manifestando a luta travada entre os que anelavam o renascimento da democracia e os que, através de uma ótica inversa, conseguiam enxergá-la como um caminho devastador para o Brasil.

Depois da longa estação ditatorial suportada pelos brasileiros desde 1964, por incrível que possa parecer, a transição democrática não foi comandada pela oposição ao regime e sim, pelos próprios militares, que optaram pela liberalização como solução para a manutenção da ordem interna e para a parcial continuidade das metas políticas até então implantadas.³⁷⁴ Fruto de uma crise política acompanhada de uma forte recessão econômica e de uma inflação galopante, a liberalização representou a alternativa viável para sanar o alto grau de descontentamento das elites e também da sociedade em geral.³⁷⁵ Dentre os setores da elite brasileira que manifestavam seu descrédito ao regime,

³⁷³ Entende-se por transição democrática um processo que se completa com dois passos principais: liberalização do regime e democratização, onde o objetivo primeiro é a passagem de um regime não democrático para o democrático. A liberalização ocorre nos regimes não democráticos que buscam maior legitimação e: "... solução de problemas cíclicos, ampliando o espaço de ação política de grupos ou de instituições da sociedade civil." (p. 32). Para tanto, são feitas algumas concessões como, por exemplo, a reintrodução de alguns direitos individuais fundamentais e uma parcial tolerância como algum tipo de oposição, o que possibilita uma margem maior de mobilidade e duração para tais regimes. Liberalizar o regime não significa democratizá-lo, mas é seu primeiro estágio. Já a democratização é um processo contínuo que agrupa também duas fases: a primeira é a transição política do regime autoritário para o democrático e a segunda é a consolidação democrática, onde há a formação de uma cultura democrática. A democratização se inicia com a implantação de eleições livres e competitivas para escolher os governantes, para depois abranger uma lista muito mais extensa de itens e fases, que cobrem os aspectos econômico, social e cultural, os quais permitem a " ... participação dos cidadãos na vida pública, assim como o funcionamento de mecanismos de controle da ação dos que exercem o poder." (p. 35). MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*. Bases sócio políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995. p. 32-37.

³⁷⁴ RESENDE, Maria José de. *A transição como forma de dominação política*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1996. p. 131.

³⁷⁵ SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo (1964-1985)*. Tradução de Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 419.

destacam-se os que estavam organizados em instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o próprio MDB, que desempenharam um papel fundamental no processo de transição política, notadamente pelos escassos meios legais que ainda eram franqueados pela repressão política. Portanto, diz-se que esta oposição era a tolerada,³⁷⁶ já que a perseguição estava reservada para os movimentos sociais, como dos operários, inaceitáveis para os militares naquele momento.

Era necessário um novo pacto político que suplantasse o anterior e dotasse o grupo dominante de base de sustentação e de consistência para se manter no poder. Os militares perceberam que a liberalização era uma necessidade para a manutenção do Estado³⁷⁷ estruturado sob o manto da doutrina da segurança nacional, mas isso não significava o fim do regime ditatorial, que continuava candente, expresso pelo intacto aparato repressivo, que estava pronto para atuar caso fosse preciso. Revelado em curtas palavras, esse é o pano de fundo que circunscreve o lento processo de transição democrática no Brasil.

Vários atos políticos colaboraram para que a abertura fosse possível, mas entre eles é possível apontar dois acontecimentos principais, que exteriorizaram a intenção dos militares em liberalizar o regime. Registre-se que estes atos não ocorreram fortuitamente, mas faziam parte de um conjunto de reformas idealizadas sob a batuta do General Golbery, figura sempre pronta a prestar seu contributo para a manutenção do Estado dirigido pela doutrina da segurança nacional.³⁷⁸ Dentre as metas deste plano mestre estavam a anistia política, imprescindível para sufocar os horrores da repressão anterior, e a edição da lei de reforma partidária, que reintroduziria no Brasil o pluralismo de partidos. Tais medidas serão brevemente descritas em seguida.

4.1.1. A anistia política: liberdade para as vítimas e impunidade para os culpados

³⁷⁶ ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Trad. Clóvis Marques. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 225. Dentre as exigências pleiteadas pela oposição tolerada, a autora enumera: o desmonte do aparato repressivo; a promulgação de uma nova Constituição que autorizasse a volta para a democracia; a implantação de um modelo econômico mais eficiente do que o vigente, responsável pela crise econômica. Estes são, em suma, os principais pontos que caracterizaram o fenômeno da abertura política.

³⁷⁷ "Seria aberto um espaço político suficiente para conter a oposição de elite, na esperança de obter para o Estado de Segurança Nacional maior estabilidade e apoio." Ibid., p. 225.

³⁷⁸ RESENDE, Maria José de. Op. cit. p. 131.

O General João Batista Figueiredo assumiu a Presidência da República no início do ano de 1979, reafirmando em seu discurso de posse seu compromisso de restaurar a democracia por meio da liberalização do regime, continuação das metas empreendidas pelo governo anterior, chefiado pelo General Ernesto Geisel.³⁷⁹ Figueiredo ocupou a presidência em um momento delicado para a política brasileira, quando os trabalhadores, reunidos em sindicatos independentes e com apreciável poder de mobilização, protestavam contra a política salarial organizando greves gigantescas, que repercutiam em todo o país.³⁸⁰ Por outro lado, a economia dava sinais constantes de derrocada, pronunciada por uma inflação desmedida e acelerada, que corroía qualquer prognóstico favorável, a ponto de ocorrer um anúncio ministerial que dava conta da eminente recessão, que fatalmente brecaria o alto crescimento verificado desde 1973.³⁸¹

Contudo, o problema que mais urgia solução no início do governo Figueiredo, dizia respeito à campanha em prol da anistia política, que crescia vertiginosamente na imprensa e entre grupos organizados, agregando setores diversos da sociedade, com apoio de inúmeras instituições. Tal campanha se alimentava do desejo de ver retornar figuras estimadas como intelectuais, políticos, artistas, etc., que estavam presas, exiladas, silenciadas ou desaparecidas, ao lado de outras que estavam respondendo processos, com direitos políticos suprimidos.

Não havia mais como o governo militar ignorar o descontentamento dos brasileiros com a situação e a pressão popular só fazia crescer. Em meio a essa profusão generalizada, que ameaçava infectar todo o organismo político, Figueiredo assinou a anistia política, depois de negociar com os setores militares mais conservadores.³⁸² Indubitavelmente, esta foi uma grande vitória da oposição política e também dos

³⁷⁹ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo...** Op. cit. p. 412.

³⁸⁰ A agremiação maior de operários era no interior paulista, nas cidades de Santo André, São Bernardo e São Caetano, recente pólo industrial brasileiro, centrado na indústria automobilística e metalúrgica. O novo sindicalismo causava imensa preocupação por parte dos militares linha dura, que nos bastidores assistiam encolerizados as manifestações de rua e a insubordinação desses operários organizados, que compunham a dita oposição intolerável. Ibid., p. 417.

³⁸¹ Ibid., p. 418. O anúncio partiu do então Ministro da Fazenda Mário Simonsen, que por conta desta declaração não suportou a pressão política e demitiu-se, deixando a vaga para Delfim Neto, que posava como o salvador da economia brasileira, dizendo o que todos queriam ouvir sobre as perspectivas econômicas.

³⁸² A anistia foi tratada em dois documentos, primeiramente através da Lei nº 6.683 de 20 de agosto de 1979, que foi ampliada e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 84.143, de 31 de outubro de 1979. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p.268.

brasileiros punidos, que poderiam curar as chagas causadas pelo rigor do regime político militar, mas se fez acompanhar de uma vitória também para os militares.

Foi esta vitória dos militares que descontentou a oposição, que elaborou inúmeras críticas contra a lei da anistia, as quais podem ser agrupadas em dois pontos capitais. O primeiro deles refere-se a exclusão da anistia para os acusados de terem participado de luta armada, segundo a definição do próprio governo, demonstrando o rancor dos militares contra aqueles que se opuseram à ordem imposta em ações armadas organizadas. Ou seja, nem todos os acusados e condenados de cometer crimes políticos estavam anistiados. Em segundo lugar, e mais grave do que o anterior, foi a lei ter anistiado também os funcionários do aparelho repressivo que exerceram os atos de tortura contra os perseguidos políticos, os reconhecidos algozes que, em favor da sustentabilidade do Estado de segurança nacional, perpetraram a barbárie contra os indivíduos.

Se a lei da anistia foi uma vitória dos cidadãos vítimas de perseguição por motivos políticos, o perdão dos torturadores foi o troféu dos militares linha dura, que não aceitariam sair perdendo nesta circunstância. Os linha dura transigiram com o governo até o fim, para incluir na anistia os responsáveis pelos atos de violência explícita. Havia um profundo temor de que futuras investigações apontassem os culpados pelo desaparecimento de muitos brasileiros que foram detidos para averiguações. O medo dos militares com o provável revanchismo era claro.³⁸³ Se todas as atrocidades cometidas no afã de sustentar o regime de força viessem à tona, o número de indenizações devidas e de torturadores punidos com prisão seria incontável. Este amargo perdão foi suportado pelos opositores do regime de força, como primeiro passo para a almejada transição democrática.

Por outro lado, os linha dura tiveram que acatar a decisão de permitir que os anistiados se candidatassem a cargos eletivos, o que foi aceito a par de uma alteração na lei das inelegibilidades, a qual impediria os “abusos”.³⁸⁴ As amarras que retiravam dos cidadãos o gozo de seus direitos políticos, impedindo a ocupação de qualquer cargo público pelo prazo de dez anos caíram. Havia agora um clima de liberdade política que há muito não era sentido entre os brasileiros: “Com os comunistas de antiga linhagem e os

³⁸³ RESENDE, Maria José de. Op. cit. p. 135.

³⁸⁴ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit., p. 269.

trotskistas novamente no Brasil, e com a imprensa virtualmente livre (embora sujeita a pressões, ameaças e até violências ocasionais), o sistema político brasileiro parecia mais aberto do que em qualquer outra época desde 1968.”³⁸⁵

Outro ponto importante e que deve ser ressaltado aqui, refere-se ao fato de que a anistia não alterava o poder repressivo do Estado de segurança nacional, pois os seus efeitos eram apenas retroativos, não alcançando futuras e possíveis condenações por crimes políticos, em um eventual endurecimento da ditadura.³⁸⁶ Apesar de ter beneficiado muitos cidadãos, a anistia, por ser um mero ato de liberalização, não significava o fim da ditadura, nem ao menos o desmoronamento do aparato repressivo, que em sua totalidade de leis e instituições continuava intacto, pronto para ser utilizado quando urgisse a necessidade. Entretanto, a anistia representou um grande passo para a transição democrática, talvez a primeira grande flexibilização assistida desde que os militares ocuparam a política brasileira em 1964. Apesar da comemoração, a realidade era gritante: o poder de fogo da ditadura estava adormecido e não exterminado.

4.1.2. A reforma partidária: a volta do pluripartidarismo à cena

Ainda com o propósito de diminuir a resistência de setores importantes da sociedade contra a ordem militar, era plano dos estrategistas políticos da estirpe do General Golbery de Couto e Silva continuar com as medidas liberalizantes, como institucionalizar a volta dos partidos políticos, extinguindo o bipolarismo entre a ARENA e o MDB. Isto porque o desgaste do regime militar fez crescer entre os setores da sociedade civil, notadamente na elite, o desejo de obter outros canais para expressar seus interesses, o que somente era viável em um sistema pluripartidário.³⁸⁷ Todavia, esta flexibilização também cumpriria com outro importante objetivo dos estrategistas: pulverizar e enfraquecer a oposição, que há muito estava concentrada no MDB e, por outro lado, com a dissolução da legenda da ARENA, agregar todas as forças políticas do governo em um novo partido,³⁸⁸ que não carregasse sobre si o peso de ser a velha base de apoio do governo militar. Sob a égide de uma nova legenda partidária, esta mesma base

³⁸⁵ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo...** Op. cit. p. 424.

³⁸⁶ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 269.

³⁸⁷ STEPAN, Alfred. **Os militares: da abertura à nova república**. Tradução de Adriana Lopez e Ana Luíza Amendola. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 67.

³⁸⁸ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo...** Op. cit. p. 427.

seria apresentada com novas roupagens para se livrar dos ódios antigos, conquistando para si a simpatia dos cidadãos insatisfeitos com o regime militar.

O MDB era composto por diversas facções da esquerda moderada que, a contragosto, aceitavam repartir a mesma legenda, já que esta era a única forma de participar, mesmo que limitadamente, da política brasileira. Esta união, difícil no começo da ditadura militar, passou a se tornar forte quando seus componentes se conscientizaram de que, mesmo tendo concepções diferentes e por vezes inconciliáveis, possuíam um inimigo comum, que eram os militares que dominavam o espaço político. Concentrando esforços para combater o poder dos militares, para quem sabe até conseguir retirá-los do governo, o MDB acabou por se tornar um partido forte, mesmo quando tudo levava à crença de sua impotência política. “Dada a recente história brasileira, a ‘oposição’ levava uma natural vantagem no sistema bipartidário em vigor em sua luta contra o governo, especialmente nas cidades e no Centro-Sul mais economicamente desenvolvido.”³⁸⁹

Os militares, percebendo que a oposição se fortalecia constantemente, decidiram encontrar outro caminho para fragmentá-la, o que resultou na idéia de permitir o pluripartidarismo, possibilitando que a divergência de ideais fosse o combustível para o enfraquecimento da esquerda, seja moderada ou radical. Assim, editou-se a lei de reforma partidária em 1979,³⁹⁰ para regulamentar a continuidade das “eleições livres” de modo a legitimar o regime de força, mas sem perder o controle governamental sobre o resultado do pleito, já que os militares estavam persuadidos de que a oposição seria desmantelada.

A proximidade das eleições para todos os níveis do Poder Legislativo, que estavam marcadas para o dia 15 de novembro de 1982, a par da controvertida reforma partidária, reuniram-se em um grande caldeirão efervescente, prestes a explodir. Com efeito, tais fatos culminaram em um grave descontentamento por parte de alguns setores contrários a liberalização do regime, temerosos com a iminente transição democrática, os quais resolveram se manifestar em uma série de ações violentas. O Brasil assistiu atônito a várias explosões de bombas nas maiores cidades brasileira, geralmente em centros onde se reuniam intelectuais ou ativistas de esquerda. Os atos terroristas eram da autoria de grupos da direita radical, inconformados com a volta dos comunistas, como o cometido

³⁸⁹ Ibid., p. 427.

³⁹⁰ Lei 6.767 de 20 de dezembro de 1979. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 269.

pela AAB (Aliança Anticomunista do Brasil), que se responsabilizou pela bomba deflagrada no CEBRAP, local onde estudiosos políticos analisavam a conjuntura brasileira.³⁹¹

Só no ano de 1978 quinze atentados a bomba assustaram o Brasil.³⁹² Todavia, a explosão que mais chocou a opinião pública ocorreu em 30 de abril de 1981 no Rio de Janeiro, no episódio conhecido como “a explosão no Riocentro”, nome do local onde diversas pessoas assistiam a um evento cultural, organizado pelo Centro Brasil Democrático, em prol dos movimentos de esquerda. Duas explosões ocorreram, uma na casa de força do local do evento e outra acidentalmente, na qual um carro foi aos ares, matando um militar e ferindo outro, quando ambos manuseavam um artefato que, supostamente, estaria sendo preparado para atingir o evento.³⁹³ Muitas versões foram apresentadas para explicar o sinistro, já que as suspeitas pairavam veementemente sobre os militares linha dura, que negavam qualquer envolvimento com o caso, mas que estavam inconformados com o irreversível clima de liberalização política. Justamente porque operava esta liberalização é que os militares não puderam ocultar totalmente qualquer prova de sua participação, o que permitiu que muitas acusações nesse sentido encontrassem fácil fundamento.³⁹⁴

Sem dúvida, a consequência mais notável derivada do caso Riocentro foi a demonstração de fragilidade dos meios de controle de força militar, que permitiram que as acusações sobre a autoria do atentado fracassado fossem veiculadas, fazendo com que os mesmos caíssem em total descrédito perante a opinião pública nacional. Depois desse

³⁹¹ Ibid., p. 278.

³⁹² Ibid., p. 279.

³⁹³ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. Op. cit. p. 443 e 444. A consequência mais efusiva do caso Riocentro foi o pedido de demissão do General Golbery, que inicialmente providenciou que o caso fosse investigado com transparência, porque isto condizia com o clima de abertura política. Contudo, Golbery não suportou a pressão por muito tempo, já que “... quando a dissimulação se tornou óbvia, ele se viu cada vez mais isolado no palácio presidencial. Renunciou em agosto de 1981.”

³⁹⁴ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 279. Em 1999, depois de algumas pressões da mídia, o IPM que reuniu as investigações do caso Riocentro foi reaberto, apresentando a versão que todos já sabiam, o episódio foi planejado por um grupo de agentes do DOI-CODI, que estavam descontentes com a abertura política. O General Newton Cruz sabia do atentado e, conforme as investigações apontaram, nada fez para que os planos naufragassem. Foi denunciado perante a Justiça Militar por cometer falso testemunho na época dos fatos, ao lado do militar Wilson Machado, sobrevivente da explosão. Em 04 de maio de 2000 o processo foi arquivado pelo ministro do STM, Carlos Alberto Marques Soares, sob a alegação do julgamento estar excluído pela Lei da Anistia e pela Emenda Constitucional nº 26. JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, equipe de reportagem. **Ministro do STM arquivava caso do Riocentro**. Disponível em <<http://www.fiepr.com.br/netclip/2000/0505fsp.htm>>. Acesso em 24 out. 2001. KRIEGER, Gustavo. *Revista Época*, São Paulo, edição 75, 25.10.1999.

episódio, ficou claro que os militares já não eram os de outrora, pois mesmo possuindo em mãos o intacto aparelho repressivo, não podiam mais fazer uso dele como antes, devido as alterações do cenário político.³⁹⁵

O que os militares queriam era a liberalização do regime, ou seja, a abertura controlada do meio político, não mais a tomada do poder através da força física, fato perceptível no espectro das diversas leis eleitorais que foram emitidas logo em seguida a reforma partidária, as quais planejavam assegurar uma vitória de larga margem para o PDS (Partido Democrático Social), que abrigava os partidários da antiga ARENA. Outros partidos seriam deixados para trás, como o PMDB (antigo MDB, agora mais depurado), o PP (Partido Popular) que teve vida muito breve, o recém instaurado PDT (Partido Democrático Trabalhista), o PTB, ressurgido das cinzas, e o novo partido que pretendia defender os trabalhadores com independência, o PT (Partido dos Trabalhadores), formado a partir da base sindicalista de São Paulo.

O conteúdo destas leis podem ser avaliadas conforme o prenúncio da Lei Falcão, de agosto de 1983, que cerceava os debates políticos pelos meios de comunicação.³⁹⁶ O alvo maior eram os partidos que sustentavam o tipo de oposição indesejada pelos militares e que deveriam ser derrotados nas eleições de 1982: “Foram criados todos os artifícios para que o PDT e o PT não lograssem nenhuma possibilidade de êxitos nas referidas eleições.”³⁹⁷ Com este intento, outras ações foram encampadas pelos militares, como a idéia de implantar o voto vinculado, que praticamente obrigaria o eleitor a votar em candidatos do mesmo partido.³⁹⁸ O mecanismo que seria implantado caso o voto vinculado vingasse, anularia os votos em que o eleitor escolhesse candidatos de partidos diferentes. Assim, por exemplo, ao votar em um candidato do PDS para deputado federal, certamente o escolhido para governador teria que ser do mesmo partido. Felizmente, a iniciativa do voto vinculado não passou de uma idéia dos estrategistas militares.

Depois de manobras deste naipe, o resultado das eleições de 1982 só poderia render alguns frutos para os militares, que conseguiram manter sua hegemonia política no Congresso Nacional, colégio eleitoral formado para escolher o futuro Presidente da

³⁹⁵ Cf. STEPAN, Alfred. *Os militares: da abertura ...* Op. cit., p.69.

³⁹⁶ Ibid., p. 285.

³⁹⁷ RESENDE, Maria José de. Op. cit. p. 146.

³⁹⁸ Ibid., p. 147.

República, em 1985.³⁹⁹ Apesar dessa parcial vitória no Congresso, os militares perderam o apoio em nove Estados importantes da federação brasileira, que passaram a ser comandados por governadores de partidos oposicionistas, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná.⁴⁰⁰ De qualquer forma, este pleito foi um marco para o Brasil, já que deputados federais, um terço dos senadores, governadores para os Estados da federação e todos os membros das Assembléias Legislativas foram escolhidos nas maiores eleições livres permitidas para o Brasil, desde então.⁴⁰¹

4.1.3. A campanha das “diretas já”

O resultado das eleições trouxe alívio para os militares, afinal deduziam que ao menos a escolha do futuro Presidente do Brasil estaria garantida para o candidato apazível aos olhos dos poderes então dominantes. Entretanto, este alívio foi fugaz. Logo depois da agitação das eleições, já em março de 1983, outra idéia, que não fazia parte do arsenal de políticas liberalizantes, atormentou militares: o deputado Dante de Oliveira (PMDB) apresentou uma controvertida proposta de emenda à Constituição, que previa a eleição direta para Presidente da República.⁴⁰² Esta proposta inusitada seria votada em abril de 1984, mas começou a ser trabalhada com antecipação por todos os partidos de oposição, que se reuniram em torno do mesmo propósito, qual era o de devolver aos cidadãos brasileiros o direito de eleger através do sufrágio direto o Presidente da República, chefe maior do Estado e do Governo. Com efeito, a aprovação da emenda Dante de Oliveira representaria um meio concreto para exterminar de vez com o domínio militar, que perdurava por quase 20 anos e esse passo não estava nas linhas do planejamento militar para a liberalização política.

Os partidos de oposição organizaram em várias cidades brasileiras manifestações públicas de incentivo à aprovação da emenda, no esforço conjunto de estimular nos cidadãos o desejo de votar para Presidente e, dessa maneira, obter o peso indiscutível do apoio popular. O resultado foi uma grandiosa campanha nacional que ficou conhecida como “diretas já!”, a qual depois de percorrer as cidades do interior chegou até as capitais

³⁹⁹ SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo...** Op. cit. p. 454. Apesar da oposição ter saído vitoriosa no número de deputados eleitos, o governo ganhou no número de senadores, fazendo com que este colégio eleitoral firmasse a maioria do governo.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 455.

⁴⁰¹ ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit. p. 278.

⁴⁰² SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo...** Op. cit. p. 467.

mais destacadas do Brasil. Antes de ser uma campanha restrita a uma mera agitação de partidos de oposição, a “diretas já” contagiou todo o organismo social, recebendo apoios memoráveis de artistas, cantores e intelectuais, que adotaram a causa política como própria.

O movimento perpetrado em todo o país, ganhou seus momentos célebres nas grandes capitais, como o exemplo assistido na cidade de São Paulo, em 25 de janeiro de 1984, o qual surpreendeu por ter reunido em volta de 300 mil pessoas na praça da Sé, coração da capital paulista. Veja-se a ilustração de um jornalista na época: “Os números variam, mas uma coisa é certa: este comício foi a maior manifestação já realizada em São Paulo desde a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, em 1964.”⁴⁰³ Contudo, o auge do entusiasmo dos militantes de oposição ocorreu em São Paulo no dia 16 de abril de 1984, véspera da votação no Congresso que ocorreria no dia 25, quando uma multidão avaliada em mais de um milhão de pessoas se reuniu nas ruas centrais da cidade para expressar seu apoio ao movimento, em uma postura jamais vista desde os comícios dos primeiros anos da década de 1960.⁴⁰⁴ Os brasileiros estavam reaprendendo a exercitar em público sua liberdade de expressão política, tolhida há muito pelo regime de força militar.

A votação da emenda Dante de Oliveira se deu em meio a uma manifestação em volta do Congresso Nacional, onde inúmeros carros estalaram suas buzinas em alto tom, provocando a ira dos remanescentes militares linha dura.⁴⁰⁵ Dentro do Congresso a votação se realizou em aberto, para que todos os eleitores do Brasil assistissem a decisão de seus representantes. Mesmo diante de todos os esforços, para a infelicidade dos cidadãos e dos políticos de oposição que se manifestaram nas ruas, a emenda não alcançou a aprovação de dois terços, perdendo apenas por 22 votos.⁴⁰⁶ Não foi dessa vez que os militares perderam a batalha, persistia a votação indireta para Presidente da República e a chance dos mesmos se perpetuarem no poder.

Muito além de refletir apenas o interesse momentâneo sobre uma emenda constitucional, a campanha das “diretas já!” representou a maior movimentação política da sociedade civil brasileira desde a instauração da ditadura militar, coroando o desejo

⁴⁰³ BRICKMANN, Carlos. 300 mil nas ruas pelas diretas. In: FOLHA DE SÃO PAULO. 20 textos que fizeram a história. São Paulo: Folha de São Paulo, 1992. p. 136.

⁴⁰⁴ SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo...* Op. cit. p.470.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 471.

incandescente pela democratização do país. “Era o ressurgimento do espírito cívico com uma dimensão sem precedentes, crescendo que nenhum candidato estava pedindo voto para si mesmo. Ao contrário, o objetivo era restaurar o *direito* de voto. Era uma dramática mensagem da sociedade civil que firmemente reconquistava sua voz.”⁴⁰⁷ O signo da transição democrática, exteriorizado pelas “diretas já!”, transmitia o despertar dos cidadãos que almejavam uma nova era democrática,⁴⁰⁸ para se libertar da opressão e da violência exercida através das instituições de poder de Estado e, então, voltar a tomar posse dos seus direitos individuais, consagrados pela história política, mas negados e usurpados pelo poder político dominante, em prol de uma idealizada ordem e segurança nacional.

4.1.4. Transição democrática: o ressurgimento da presunção de inocência nos tribunais superiores (1986-1988)

O momento político atravessado pelo Brasil no início da década de 1980, como visto nos itens anteriores, era de transição democrática, iniciado com a liberalização do regime, através da lei de anistia e a reforma partidária, ações que ultrapassaram o nível das decisões políticas e ganharam as ruas, onde milhões de pessoas se mobilizaram na campanha das “diretas já!”. O efervescente campo político estava tomado pela urgência de transformar o Brasil, retirando a ditadura militar do poder para colocar um novo presidente, que fosse escolhido pelos trâmites democráticos, através de eleições livres, culminando na instauração de um regime de governo aberto e participativo.

As transformações operadas no cenário político brasileiro geraram expectativas em todo o país, acerca do breve retorno à democracia, incentivando a mudança de comportamento daqueles que há muito suportavam o jugo da ditadura militar. Toda esta atmosfera propiciou que iniciativas fossem tomadas também no setor jurídico, notadamente no interior dos Tribunais Superiores, onde a confluência com o político é mais acentuada. Importa perceber que os juízes, como intérpretes da sociedade em que vivem, recebem influências externas das mais variadas matizes para a formação de sua consciência moral, o que acaba por ser expresso no conteúdo das decisões judiciais. E foi isso o que aconteceu no presente caso, onde o retorno à interpretação da presunção de

⁴⁰⁶ Id.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 472.

⁴⁰⁸ Cf. STEPAN, Alfred. *Os militares: da abertura ...* Op. cit. p. 76.

inocência só foi possível devido a crescente flexibilização do regime de força que reinava no Brasil, no início da década de 1980, o que contagiou a mentalidade de determinados juízes do Tribunal Federal de Recursos. Com efeito, o ressurgimento da presunção de inocência nos acórdãos criminais ocorreu por obra de três magistrados, que, ao empregá-la em seus julgados, formaram uma nova jurisprudência acerca do tema, antecipando a iminente previsão do preceito em capítulo constitucional.

Importa perceber que a presunção de inocência praticamente não foi mencionada nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, pesquisados durante o mesmo período, o que reforça a sugestão de que a nova jurisprudência formou-se apenas no Tribunal Federal de Recursos. É provável que os magistrados se aproveitaram das perspectivas oferecidas pela transição democrática e resolveram aproximar a presunção de inocência aos dispositivos processuais penais ordinário pátrios, com o intuito de fundamentar suas decisões criminais com maior força argumentativa. Nasceu desta interpretação uma nova corrente jurisprudencial da presunção de inocência no Brasil, o que antecipou e incentivou a inclusão da mesma na Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias fundamentais, com o *status* de princípio constitucional.

A verdadeira inovação do período ficou por conta de uma interpretação do tema diversa da que já havia sido realizada nos tribunais brasileiros, em outros tempos. Como anteriormente registrado, a primeira interpretação oficial levada a cabo no Brasil identificava o preceito totalmente com o *in dubio pro reo*, restringindo sua atuação a este pequeno espaço, sendo que, um arsenal muito maior de casos nos quais poderia ser aplicado foi desprezada pelos juízes. Nesta nova versão, a presunção de inocência foi aplicada, primeiramente, para fundamentar o direito à liberdade física do indivíduo como regra no decorrer da instrução criminal, afirmando que a prisão era exceção, necessária apenas nos casos em que todos os requisitos legais fossem satisfatoriamente atingidos.

O primeiro acórdão é da lavra do Ministro Costa Leite e, apesar de deferir a prisão preventiva da acusada, deixa claro que a regra a ser seguida no Processo Penal é a da liberdade física e não da prisão, ou seja, somente em casos específicos a prisão é medida

imprescindível, já que a culpa somente é comprovada no final do processo. Seguem as insubstituíveis palavras inscritas na ementa⁴⁰⁹:

PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. I – qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o “*jus libertatis*” e a **presunção de inocência** [sem grifo no original] que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte; II – situação concreta em que está comprovada a materialidade do delito, havendo indícios veementes que indicam a sua autoria; III – conduta da recorrida que demonstra sua inequívoca vontade de frustrar e protelar a instrução criminal, havendo, inclusive, descumprido as condições impostas para que, em liberdade, respondesse ao processo contra ela movido. Antecedentes que não a favorecem; V – prisão preventiva que se decreta, dando provimento ao recurso do Ministério Público Federal.

No caso descrito, a *presunção de inocência* foi aplicada como recurso argumentativo para reforçar o direito de liberdade do indivíduo, como regra maior a ser observada pelos juízes, mesmo no decorrer de um Processo Penal, onde a circunstância de estar sendo acusado de infringir a lei penal, por si só, não tem o poder de retirar do indivíduo este direito. O *jus libertatis* do indivíduo só pode ser restringido em casos excepcionais, quando além de estar motivado no critério da necessidade, guarda amplo acordo com os requisitos exigidos pela lei processual. Este cuidado é de capital importância antes da sentença penal condenatória definitiva, única que é revestida de autoridade suficiente para retirar do acusado o *status* de inocente e lhe imprimir o *status* de culpado, o que permite a aplicação da respectiva pena, segundo a racionalização do direito de punir do Estado, efetuada e aprimorada durante séculos.

A aproximação do *jus libertatis* com a *presunção de inocência* no citado acórdão, demonstra que o enlace entre ambos se constitui uma das principais garantias do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal, servindo não apenas de limite para os seus excessos, como também de regra que preside a relação entre o indivíduo e o Estado, fazendo com que aquele ocupe uma posição de proeminência. Como visto nas primeiras páginas desta pesquisa, a opção pela *presunção de inocência* como princípio que coroa o Processo Penal, significa a eleição do indivíduo frente ao poder punitivo de Estado, raciocínio que tem seus contornos explícitos no acórdão supra descrito.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal n. 1094. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon> inocência. Acesso em: 27 set.1999.

Outro acórdão da época, emitido pelo mesmo Tribunal Federal de Recursos, agora relatado pelo Ministro Washington Bolívar, repete o entendimento ilustrado. Trata-se de um recurso criminal impetrado pelo Ministério Público Federal, que visava reformar a decisão que concedia o relaxamento de prisão em flagrante de acusados de uso de documento falso e formação de quadrilha. Todavia, o deslinde desse recurso não teve a mesma sorte que o antecedente, pois concluiu por manter a liberdade física dos acusados. Veja-se o entendimento manifestado na ementa:

PROCESSUAL PENAL – RELAXAMENTO DE PRISÃO – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1) Dá-se o relaxamento da prisão quando o juiz verifica que ela se fez ilegalmente ou ante a inexistência de razões especiais que justifiquem sejam os réus mantidos presos, enquanto aguardam julgamento. 2) No direito penal brasileiro a regra é a **presunção de inocência**, [sem grifo no original] até a prova plena em contrário, proclamada por sentença. 3) Recurso denegado.⁴¹⁰

Mais uma vez a presunção de inocência aparece como fundamento sólido, verdadeira garantia do direito de liberdade física do acusado, firmada como regra vigente no desenrolar do Processo Penal, que só pode ser vencida pela sentença final condenatória, onde a prova da culpa autoriza que o direito de punir do Estado invada a esfera de proteção do indivíduo, determinado a supressão da sua liberdade física. Nestes termos, entende-se que a expressão “direito penal brasileiro,” cunhada nesta ementa, inclui também as normas processuais penais.

O significado da presunção de inocência nestes dois acórdãos, convergem entre regra de tratamento e modelo de processo penal* e, surpreendentemente, não repetem o vício cometido pelos julgadores que exauriam o preceito como sinônimo de *in dubio pro reo*. O mérito maior destes acórdãos, foi, sem dúvida, o de abrir caminho para outra interpretação da presunção de inocência e fundamentar a idéia de que somente depois da sentença penal condenatória, fruto do processo penal revestido de todas as garantias para o indivíduo, é que o Estado pode limitar seu direito de liberdade física. Qualquer cerceamento desse direito, antes da sentença penal irrecorrível, deve ser aplicado com cautela, somente para casos específicos, depois de sopesadas todas as circunstâncias e atendidos todos os requisitos determinados por lei.

⁴¹⁰ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal n. 1112.. Relator Ministro Washington Bolívar. 03 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 02. jan. 2000.

* De acordo com o triplice significado da presunção de inocência exposto no item 2.2.4.

Em outra circunstância, a presunção de inocência foi empregada não apenas como sinônimo de *in dubio pro reo*, mas para robustecer a argumentação do acórdão que, decidindo sobre a concessão de um habeas corpus, visava trancar uma ação penal por falta de justa causa. A ação penal em discussão versava sobre a denúncia de cometimento de estelionato, envolvendo verbas da União no Programa de Garantia da Atividade Agro-Pecuária (PROAGRO). Todavia, do simples exame das peças processuais, não havia elementos suficientes para configurar o estelionato, ou seja, não foi encontrada na conduta denotada aos acusados os requisitos essenciais do tipo. Leia-se o trecho salutar da ementa, da qual foi relator o Ministro Washington Bolívar⁴¹¹:

CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – EXAME DE PROVAS – QUANDO INDISPENSÁVEL – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – ESTELIONATO NÃO CONFIGURADO – NATUREZA JURÍDICA DO PROGRAMA DE GARANTIA AGRO-PECUÁRIA (PROAGRO) – CUSTEIO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 2) Para a configuração do estelionato, deve ficar demonstrado o prejuízo ao patrimônio alheio, conjuntamente com os demais elementos objetivos e subjetivos do tipo. 3) Se a lei processual penal determina a concessão de “habeas corpus,” quando ilegal a coação, por falta de justa causa (CPP, arts. 647 e 648, I), é indeclinável o exame de prova em que se firma a acusação, para apurar-se a existência, ou não, de motivo legal para o constrangimento a que está submetido o paciente. Precedentes jurisprudenciais (STF e TFR). 4) Os tribunais devem fazer prevalecer a **presunção de inocência** [sem grifo no original] dos acusados – inscrita na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Art. 11), sempre que se depararem com a infringência de tal princípio. 5) Habeas corpus concedido, por falta de justa causa para a ação penal.

O trancamento da ação penal foi concedido em decisão unânime, motivado na falta de justa causa, porque não havia elementos suficientes para tipificar a conduta do autor como estelionato. A presunção de inocência foi de grande valia para robustecer a argumentação na qual se fundou o acórdão, acompanhada do recordar de sua matriz, a DUDH, que lhe deu maior base de sustentação, pois, funcionou como garantia processual contra a coação ilegal, que é ser processado em sede criminal por um ato que não é tipificado como crime. Somente as luzes de um período de abertura democrática, como o presenciado no Brasil nos idos de 1985, poderia ensejar a referência expressa da DUDH em um acórdão emitido por um colegiado do Poder Judiciário, da estirpe do Tribunal Federal de Recursos. Isto porque, referir-se expressamente à DUDH significa valorizar os direitos humanos ali consagrados ou, ao menos, intencionar que sua inscrição se torne

⁴¹¹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6011. Relator Ministro Washington Bolívar. 21 fev. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

uma realidade no Brasil, país que há muito tempo assistia atônito ao massacre dos direitos fundamentais pelos desmandos políticos da ditadura militar.

Observe-se que o trancamento dessa ação penal só ocorreu porque era visível no processo a ausência de justa causa. Todavia, em outro caso semelhante, no qual o habeas corpus foi aplicado como instrumento para o trancamento da ação penal, o sucesso não foi idêntico, justamente porque a falta de justa causa não pôde ser verificada com tanta obviedade. Logo, o habeas corpus não foi deferido, mas a presunção de inocência permaneceu no conteúdo do acórdão, firmada como válida também no decorrer do inquérito policial, para proteger o indiciado. Dessa vez, o acórdão foi relatado pelo Ministro Costa Leite⁴¹², mas encerra o mesmo caráter e a mesma posição explicitada pelo Ministro Washington Bolívar no acórdão precedente, senão veja-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. Por tratar-se de um procedimento administrativo, pré-processual, de caráter informativo, que visa coligar elementos que liguem um fato aparentemente típico a um presumível autor, que não encerra juízo acusatório, subsistindo íntegra a **presunção de inocência** [sem grifo no original] do indiciado, só excepcionalmente pode ser trancado o inquérito policial, vale dizer, quando o fato em apuração é atípico ou, sendo típico há evidente abuso no poder de indiciar, só o devido processo legal, permitindo ampla dilação probatória, sob o crivo do contraditório, enseja a busca da verdade substancial, que o habeas corpus, por sua forma procedimental, não deve impedir, quando há indícios razoáveis de prática delituosa. Ordem denegada.

O papel da presunção de inocência em ambos os acórdãos é o mesmo, qual seja o de insistir que o indivíduo tem a seu favor o direito de ser **tratado como inocente**, mesmo quando tem sua conduta e vida pessoal investigada por um inquérito policial, ou quando é acusado de um crime através de uma ação penal. Mais do que isso, os acórdãos em questão argumentam que, devido a presunção de inocência, o ato de acusar ou de indiciar deve ser revestido de todos os cuidados imprescindíveis para eliminar ao máximo a chance de erro. Dar início a uma ação penal ou a um inquérito policial, além do exame das circunstâncias de fato sobre a existência de uma conduta típica, inclui também a indicação de um provável autor do delito, ato que atinge a esfera de direitos individuais.

Tratando-se do inquérito policial, lembre-se que o ato de indiciar um indivíduo encerra em si um poder e, como todo o poder, deve ser controlado por lei para que não se desvirtue, para que não carregue a mácula do abuso, o qual atinge a esfera dos direitos e

garantias individuais. Portanto, para que um inquérito seja aberto e indiciado um indivíduo, como provável autor de uma conduta delituosa, deve obedecer a requisitos determinados legalmente, justificando sua necessidade e cabimento. Pois, o inquérito policial, mesmo se constituindo em um procedimento administrativo e pré-processual, de cunho eminentemente investigativo e não acusatório, pode causar prejuízo para o indivíduo que é indiciado injustamente.

O trancamento do inquérito é possível quando houver abuso no poder de indiciar, de igual forma para a ação penal, na hipótese de incorrer em falta de justa causa para sua existência e conseqüente continuidade. Tanto em uma como em outra situação, o habeas corpus é o instrumento apropriado para sanar o erro de forma rápida, impedindo que o prejuízo se perpetue e afete ainda mais os direitos e garantias individuais, dos quais a presunção de inocência faz parte.

Afora os casos de prisão preventiva e de trancamento de ação penal ou de inquérito policial, a presunção de inocência foi aplicada neste período em outras circunstâncias, sempre antevendo a sua inclusão na Constituição Federal de 1988, o que é perceptível pelas expressões empregadas no texto das ementas dos acórdãos. Veja-se este caso, relatado também pelo Ministro Costa Leite:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FIANÇA. SEUS EFEITOS. I – Desde que não seja quebrada, a fiança é garantia real que persiste até o trânsito em julgado da decisão judicial, quando afastada, definitivamente, a **presunção de inocência** [sem grifo no original] do afofado. Inteligência dos artigos 330/334, 344 e 594, do Código de Processo Penal. II – Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura.⁴¹³

Neste caso, a liberdade do acusado foi garantida por meio de um habeas corpus, em decisão unânime, já que a fiança tinha sido prestada e, ainda assim, o acusado tinha sido novamente preso. Uma vez mais a presunção de inocência é asseverada como garantia do acusado, que visa preservar seu direito de liberdade física e persiste até o trânsito em julgado da sentença condenatória. O fato de ligar a presunção de inocência ao termo técnico “trânsito em julgado da decisão final” é que antecipa o texto da Constituição Federal de 1988, como adiante será estudado.

⁴¹² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6635. Relator Ministro Costa Leite. 09 out. 1986. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em 27.set. 1999.

⁴¹³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6170. Relator Ministro Costa Leite. 13 jun. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

Nos demais casos em que a presunção de inocência foi lembrada pelos ministros do TFR, os acórdãos se ocuparam da interpretação que aproxima o preceito ao *in dubio pro reo*, mas com uma conotação diferente da que foi usada nas primeiras décadas posteriores a assinatura da DUDH, em 1948. Caso que ilustra bem esta colocação está na ementa deste acórdão, relatado pelo Ministro Washington Bolívar:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO QUALIFICADO – TENTATIVA PRESUMIDA – ABSOLVIÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – 1) Ante a fragilidade, ou inexistência de prova concludente, não há de impressionar-se o juiz criminal com a vida pregressa do réu para preferir a condenação, **invertendo o princípio da presunção de inocência, pela da culpa**, [sem grifo no original] pois embora haja praticado outros crimes, pode não ser o responsável pelo que está em julgamento no caso, demonstrou-se que a materialidade e a autoria não estão suficientemente comprovadas, como o próprio ministério público, no segundo grau de jurisdição, reconheceu, impondo-se a absolvição nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. 2) Apelo provido.⁴¹⁴

O interessante deste julgado é que além de reconhecer a inocência do acusado por insuficiência de provas, também faz alusão a uma prática muito comum nos tribunais brasileiros, que é prejudicar um indivíduo por causa dos seus antecedentes criminais. A folha de antecedentes, ou a chamada vida pregressa, acaba pesando por demais no momento do convencimento do juiz, que se impressiona com a mesma a ponto de concluir pela culpa do acusado no caso em questão. Esse prejudicar afronta nitidamente a presunção de inocência, pois o fato de ter cometido vários crimes, não significa que o indivíduo continuará persistindo na violação da lei penal. Parece que o estigma de uma condenação anterior marca de maneira tão indesculpável o indivíduo, que ele continuará sendo punido de tudo o que o acusarem. É um tipo de punição eterna, da qual um ex-condenado sempre estará sujeito no Brasil, onde a mentalidade da maioria dos magistrados influencia-se por demais nos fatos pregressos, seja no momento de motivar a sentença de mérito ou no de conceder um direito, como o da liberdade provisória ou relaxamento da prisão. Nestes últimos, a valoração dos *maus antecedentes* é ainda mais melindrosa, porque não se refere a dosimetria da pena, mas ao direito de liberdade física do indivíduo, que é regra a ser seguida no Processo Penal e que fica ofuscada por causa de uma culpa anterior, da qual, por vezes, o acusado inclusive já se livrou pelo cumprimento ou prescrição da pena. Por tudo isso, o critério dos *maus antecedentes* deve ser observado com muito cuidado, quando se defronta com a presunção de inocência.

⁴¹⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 7206. Relator Ministro Washington Bolívar. 05 jun. 1986. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

Outras decisões deste período contemplaram a presunção de inocência, as quais, mesmo repetindo a estreita conexão com o *in dubio pro reo*, exploraram nuances do tema que ainda não tinham sido reveladas no Brasil. Tais acórdãos são de responsabilidade de um terceiro Ministro que, por ordem cronológica, deu vazão a interpretação da presunção de inocência. Trata-se do Ministro Carlos Thibau, o qual sustentou que a presunção de inocência tinha fulcro de lei no Brasil, como expôs a seguir, nas ementas dos acórdão em que foi relator:

PROCESSUAL PENAL. PROVA INSUFICIENTE. As declarações do co-réu não são suficientes para autorizar um juízo condenatório, se não estiverem em consonância com as demais provas produzidas, porque a lei presume a inocência do acusado. Apelação provida.⁴¹⁵

PROCESSUAL PENAL. PROVA INSUFICIENTE. Acusação baseada apenas no depoimento de uma única testemunha não autoriza um juízo condenatório, pois a prova de existência do fato típico deve ser plena, completa, porque a lei presume a inocência do acusado. Apelação improvida.⁴¹⁶

Em ambos os casos, aprovados sem voto vencido, o relator opinou pela inocência dos acusados, privilegiando a posição de que uma sentença condenatória deve se lastrear em provas inescusáveis da culpa, tanto no que se refere aos quesitos de autoria, como nos de materialidade do delito. Ou seja, se a prova é insuficiente, frágil para sustentar um juízo condenatório pleno, o juiz deve absolver o acusado, isto *porque a lei presume a inocência do acusado*, expressão que é repetida nos dois acórdãos. A lei a que se refere os acórdãos de autoria do Ministro Carlos Thibau, conforme consta nas referências legislativas que os mesmos contém, é o artigo 386, inciso VI, o qual determina como causa para a absolvição do acusado o reconhecimento de que “não existe prova suficiente para a condenação,” disposição legal que já foi explicitada anteriormente.*

É claro que o citado artigo da codificação processual penal brasileira não se refere expressamente à presunção de inocência e, justamente por isso, a leitura que o Ministro relator fez fica interessante neste espaço. Isto porque ele interpreta que a presunção de inocência estaria incluída no inciso VI do artigo 386 do CPP e, portanto, este preceito orientaria as decisões de mérito a serem tomadas no processo. Desse raciocínio se retiram

⁴¹⁵ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 7600. Relator Ministro Carlos Thibau. 12 mar. 1987. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

⁴¹⁶ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 6024. Relator Ministro Carlos Thibau. 19 mar. 1987. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 02 jan. 2000.

duas suposições: primeira, a de que a presunção de inocência estaria prevista formalmente no ordenamento jurídico pátrio e, segunda, a de que, provavelmente, o preceito se exauriria neste artigo, estando confinada ao *in dubio pro reo*. Dentre as duas suposições, a segunda não corresponde a realidade das concepções esposadas pelo Ministro, conforme outra gama de acórdãos por ele relatados e que imprimem à presunção de inocência alguns detalhes a mais:

PROCESSUAL PENAL. PROVA. “ÔNUS PROBANDI”. Não restando provada a existência de ilícito penal, absolvem-se os acusados, pois o ônus da prova cabe ao ministério público, conforme dispõe o art. 156/CPP, devendo a demonstração ser certa, plena e convincente, porque a lei presume a inocência dos acusados. Apelação provida, para absolver-se os acusados.⁴¹⁷

PENAL. PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO. PROVA. “ÔNUS PROBANDI”. (...) A prova da existência do fato típico compete ao ministério público, conforme inteligência do disposto no art. 156 da lei adjetiva penal, e deve ser plena, completa e certa, porque a lei presume a inocência do acusado. Apelação prejudicada em relação ao crime de apropriação indébita e improvida quanto ao resto.⁴¹⁸

O artigo 156 do CPP expressa o seguinte teor: “A prova da alegação incumbirá a quem fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”⁴¹⁹ A ação penal tem início com a denúncia do ministério público, peça processual na qual um indivíduo é acusado de ter cometido um crime. Se a prova da alegação cabe a quem a fizer, logo, cabe totalmente ao ministério público a prova da culpa do acusado. Ocorre que, segundo a posição do Ministro relator, Carlos Thibau, isto significaria que no processo penal existe ônus da prova e que tal encargo inicial é do ministério público. Caso o representante do ministério público não consiga provar, de forma convincente, que houve um delito e que o acusado é o autor, o mesmo deve ser absolvido, **porque a lei presume a sua inocência**. Aqui entra a presunção de inocência, segundo o raciocínio do citado ministro, em garantir que o indivíduo seja declarado inocente se não houver prova

* Vide retro item 3.2.4., onde este inciso do artigo 386 é reconhecido como o que contempla o *in dubio pro reo*, como foi explorado pela jurisprudência das décadas de 50 e 60 e que persistem até hoje.

⁴¹⁷ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 6796. Relator Ministro Carlos Thibau. 28 maio 1987. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

⁴¹⁸ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 5349. Relator Ministro Carlos Thibau. 02 abril 1987. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999. Esclarece-se que o dispositivo final deste acórdão assevera que: “A unanimidade, declarar a extinção da punibilidade pela prescrição do delito indébito, prejudicada a apelação quanto a este delito, quanto aos demais, negar provimento a apelação.” Ou seja, a decisão de condenar os réus foi mantida pelo acórdão.

robusta e completa da sua culpa, mesmo porque, o ônus da prova cabe ao ministério público e não ao acusado.

A lógica do pensamento do Ministro merece algumas considerações. Lembre-se que o conceito de ônus da prova não pode ser aceito sem restrições no processo penal, sob pena mesmo de violar a presunção de inocência e o direito ao silêncio.* Cabe ao ministério público, titular do poder acusatório, a prova da culpabilidade do acusado, já que este não pode ser obrigado a produzir provas que deponham contra sua inocência. O preceito da presunção de inocência, entendido como regra de juízo, afirma exatamente que o acusado não pode ter sobre si o ônus de provar sua inocência, pois cabe inteiramente a acusação a prova completa de sua culpa. Mas daí a afirmar a existência do ônus da prova dentro do processo penal e, ainda, sua ligação com a presunção de inocência, torna-se perigoso face a admissão da lógica das presunções legais.

Feitas estas observações, reconhece-se que a interpretação da presunção de inocência enlaçada com a questão probatória no Processo Penal, como o fez o Ministro Carlos Thibau, apesar dos devidos reparos, apresenta-se como um avanço na matéria, pequeno, é certo, mas que se distingue como um esforço a mais na tentativa de conceder maior difusão a esta garantia processual do acusado. Com a previsão constitucional da presunção de inocência, em outubro de 1988, nada mais fez o citado ministro, do que continuar aplicando o princípio⁴²⁰ na fundamentação dos seus relatórios, conforme o entendimento que para ele já era concreto.

Reconhece-se, portanto, a iniciativa dos Ministros Costa Leite, Washington Bolívar e Carlos Thibau, em inserir e interpretar a presunção de inocência em uma época na qual a mesma estava esquecida, face as flagrantes violações perpetradas pelo recente regime militar. O ambiente de transição democrática que invadia as instituições brasileiras possibilitou que este movimento jurisprudencial se manifestasse, a par dos

⁴¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. 03 out. de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. Exposição de motivos do código de processo penal. **Código de processo penal**. São Paulo: Saraiva: 1995. p. 39.

* A questão da disparidade entre o processo civil e o processo penal, principalmente no que se refere ao ônus da prova é matéria consignada no capítulo anterior, item 3.2.1.

⁴²⁰ Nesse sentido vide os seguintes acórdãos do mesmo TFR: Apelação Criminal n. 6992. Relator Ministro Carlos Thibau. 12 dez. 1988; Apelação Criminal n. 6966. Relator Ministro Carlos Thibau. 28 fev. 1989. Disponíveis em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

projetos de Constituição e dos estudos das comissões da Assembléia Constituinte, que também apostavam na adoção da presunção de inocência como princípio constitucional.

4.2. A Constituição de 1988 e os direitos e garantias individuais: o princípio da presunção de inocência

Neste item examinar-se-á a elaboração da Constituição Federal de 1988, centrando a atenção, primeiramente, em suas vicissitudes históricas, detalhando o anteprojeto Afonso Arinos, dada sua relevância para o tema central desta pesquisa, para então observar resumidamente, alguns detalhes do método de trabalho da Assembléia Constituinte. Em uma segunda etapa, enfocar-se-á o significado da letra da presunção de inocência, conforme a redação insculpida na Constituição Federal de 1988. Finalmente, de modo ligeiro, observar-se-á alguns princípios constitucionais que foram positivados em 1988 e que se enlaçam com a presunção de inocência, atuando decisivamente no andamento do Processo Penal.

4.2.1. A elaboração da Constituição Federal de 1988: anteprojeto Afonso Arinos e Assembléia Constituinte

De volta aos aspectos históricos do período posterior a campanha das “diretas já,” depara-se como um colégio eleitoral incumbido da extraordinária tarefa de eleger o primeiro civil como Presidente da República, depois dos acontecimentos de março de 1964. Sob os auspícios dos militares, que apoiavam abertamente o candidato Paulo Maluf, os membros do colégio eleitoral não se intimidaram e depositaram a maioria dos votos em Tancredo Neves, candidato que agregou em volta de si uma aliança cosmopolita,⁴²¹ composta de um lado por nomes progressistas e, de outro, por pessoas vinculadas ao anterior regime militar.

Inesperadamente, depois de eleito, Tancredo foi internado as pressas em um hospital, sem assumir a Presidência da República e concretizar a transição política do regime militar. O temor de que os militares retomassem o poder era crescente e ameaçava

⁴²¹ Chamada de Aliança Democrática, expressou-se em um programa de metas que buscava conciliar interesses díspares, apresentando-se como verdadeira solução de compromisso, porque apesar de possuir matiz eminentemente conservadora, se comprometia em: “... promover a reconstitucionalização do País, através de uma assembléia nacional constituinte livremente eleita pelo povo.” PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte. Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1987. p. 16.

o triunfo da democracia, contudo, em 15 de março de 1985, assumiu o vice-presidente eleito José Sarney.⁴²² Este, como o falecimento de Tancredo, continuou na presidência até o pleito de 1989, assumindo-se como verdadeiro governo de transição, já que não estava revestido pela legitimidade do voto popular direto.

Dentre as promessas de redemocratização assumidas por Tancredo no projeto da Aliança Democrática, estava a de promover a elaboração de uma nova Constituição Federal, construída por representantes populares eleitos exclusivamente para este fim, que formariam uma Assembléia Constituinte livre e democrática, como há muito ansiavam e mereciam os cidadãos brasileiros. Como foi salientado, desde o início da transição democrática, vários setores da sociedade brasileira, da elite até a oposição, manifestavam o desejo por uma nova Constituição, assunto que foi sustentado com eloquência pelos políticos nos palanques das “diretas já!”. Em seu discurso de posse, José SARNEY,⁴²³ citado por PEREIRA, garantiu a continuidade desta meta: “O objetivo maior do nosso projeto nós o atingiremos com a realização da Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, aspiração legítima de toda a sociedade.”

Com efeito, a promulgação de uma Constituição democrática era indispensável para suplantar todo o arcabouço de normas jurídicas e de práticas institucionais autoritárias, resquícios do malfadado regime militar, as quais ainda vigiam praticamente intactas no Brasil. Só para exemplificar o quanto o aparelho repressivo, esquematizado pela doutrina de segurança nacional, agia no Brasil mesmo depois da posse de um presidente civil, o antigo SNI (Sistema Nacional de Informações) continuou ocupando lugar de destaque no primeiro ano do governo Sarney.⁴²⁴ O SNI atuava, no mais das vezes, de forma secreta e mantinha sob sigilo muitas informações pessoais, já que seu objetivo era a coleta de dados, a formação de cadastros pessoais e a circulação de informações, que serviam como base para as decisões acerca das políticas públicas e das manobras policiais. Mesmo eivada de práticas autoritárias, esta instituição continuava cumprindo sua função estratégica, como se ainda estivesse assessorando um governo de

⁴²² STEPAN, Alfred. *Os militares: da abertura ...* Op. cit. p. 73.

⁴²³ SARNEY, José. Discurso de posse. PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte...* Op. cit. p. 16/17.

⁴²⁴ STEPAN, Alfred. *Os militares: da abertura ...* Op. cit. p. 101. O autor se surpreende ao constatar esta peculiaridade após a queda do regime autoritário no Brasil, já que em países como Grécia e Portugal, que conheceram realidades análogas à brasileira, as famigeradas polícias secretas foram as primeiras a serem extirpadas do novo governo. Isto salienta o caráter de continuidade da transição política

força. Sobrevivia como braço direito de um governo pós-militar, o qual posava como titular dos anseios democráticos.

A manutenção do aparato repressivo no Brasil, mesmo depois da transição política para um regime civil, cumpria com o importante papel de conceder maior tranquilidade para os militares, que temiam revanchismo⁴²⁵ por parte deste novo governo. Mantê-los calmos e distantes das ameaças que poderiam vingar, subtraía um incômodo problema para aqueles que tentavam reorganizar o país, sob a égide de um governo democrático. Todavia, era impossível implantar um verdadeiro regime democrático em meio a estrutura anterior, regida por determinações autoritárias.

Apenas uma nova Constituição, edificada a partir de um processo constituinte participativo, aberto à discussão de toda a sociedade e, principalmente, que tomasse como linha mestra os postulados políticos para a estruturação do Estado Democrático de Direito, com o firme compromisso de proteger os direitos humanos, poderia pôr fim ao *entulho autoritário*.⁴²⁶ Mais do que redigir um novo documento político, os brasileiros precisavam expressar a sua *vontade de Constituição*, atitude há muito esquecida e alienada, enquanto prática de cidadania, depois de tantos anos acorrentados a um regime que, por vezes, nem de longe espelhava a pluralidade dos valores e interesses insurgentes na sociedade civil. Finalmente, a recém democracia brasileira, em toda sua fragilidade, precisava do controles dos poderes constituídos, de modo a coibir que o autoritarismo e a corrupção corroessem a nova estrutura e, também, para garantir que os preceitos estipulados pela Carta Maior fossem colocados em prática.

Logo que assumiu a presidência, José Sarney deu continuidade aos planos de Tancredo Neves e convocou⁴²⁷ uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais,

brasileira, que não se concretizou com rupturas bruscas, mas com caráter conciliatório através de negociações políticas, recheadas de concessões.

⁴²⁵ Cf. Ibid., p. 101.

⁴²⁶ Cf. DALLARI, Dalmo. Entulho autoritário. Como nos velhos tempos. In: *Nova república: um balanço*. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 155-167. Termo cunhado para se referir ao complexo de normas e instituições criadas para sustentar o governo militar autoritário, as quais teimavam em sobreviver no governo de transição, que se orientava pelo objetivo de reinstalar a democracia. Com a edição de normas de caráter democrático, havia um constante choque de valores com as normas anteriores, apesar de ambas pertencerem ao mesmo grau hierárquico, causando profunda confusão no ordenamento jurídico pátrio. Faltava um documento maior que revogasse este conjunto de disposições autoritárias e estipulasse uma linha coerente de valores para as normas jurídicas brasileiras.

⁴²⁷ Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte...* Op. cit. p. 13.

idealizada e organizada pelo presidente eleito. Esta comissão era composta por membros pertencentes aos mais diversos setores da sociedade e tinha como objetivo a elaboração de um anteprojeto de Constituição, que contivesse elementos capitais para devolver aos cidadãos seus direitos democráticos. A eclética⁴²⁸ *Comissão de Notáveis* levou o nome do seu líder maior e presidente, o constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco e iniciou seus trabalhos em 20 de agosto de 1985.

Depois de mais de um ano de reuniões, a comissão entregou para o presidente, em 07 de setembro de 1986,⁴²⁹ um vasto anteprojeto, contendo ao todo 468 artigos, sob olhares curiosos e ataques nada convencionais.⁴³⁰ Mesmo depois das críticas serem retorquidas,⁴³¹ observa-se que o monumento escrito não teve o futuro promissor para ele reservado, como esperavam os notáveis que o redigiram. O destino prometido ao anteprojeto Afonso Arinos, de servir como base para as discussões da futura Assembléia Constituinte, não vingou e Sarney preferiu deixar os constituintes livres para redigirem seu próprio anteprojeto.⁴³² No entanto, cumpre observar que o texto final da comissão continha a presunção de inocência no capítulo dos direitos e garantias, como de fato se lê nesta seleção do artigo correspondente:

Art. 43 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos previstos em lei. (...)

⁴²⁸ “A pesquisa entre os 49 membros da comissão revelou que eram 30 advogados; 5 empresários; 4 sociólogos; 3 jornalistas; 3 economistas; 2 religiosos; 1 escritor profissional e um médico de grande nomeada, distribuídos 6 à direita assumidamente; 8 de centro-esquerda; 15 de centro; 13 de centro-esquerda e 7 de esquerda, embora não-marxistas. A tentativa de incluir um marxista esbarrou, segundo se soube, na oposição inflexível de Afonso Arinos.” *Ibid.*, p. 25. O autor retirou estes dados de uma pesquisa empreendida na época pelo periódico *Folha de São Paulo*.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁴³⁰ Um dos componentes da Comissão pediu demissão da mesma e criticou duramente o Anteprojeto, acusando-o de conter preceitos: preconceituosos, casuísticos, elitistas, utópico, demagógico, socializante, estatizante e xenófobo, justificando sua crítica em livro de sua autoria: PRADO, Nei. *Os notáveis erros dos notáveis da comissão provisória de estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 06.

⁴³¹ Com efeito, Nei Prado foi audaz ao fazer publicar o Anteprojeto, antes do mesmo estar revisado, em uma grande revista de circulação nacional, acompanhado das severas críticas. Contudo, sustentou-se que Nei Prado era professor da antes poderosa ESG, partidário da extrema direita e que, em seus comentários: “... percebia-se sua formação ideológica, ainda vinculada ao autoritarismo e a conceitos antinacionais que propiciaram a destacados generais enriquecerem, tornarem-se diretores de empresas estrangeiras, cumuladas de favores, disseminarem a corrupção em todos os escalões e aprofundarem o nível de miséria...” PEREIRA, Osny Duarte. *Constituinte...* Op. cit. p.23.

⁴³² “Em verdade, o trabalho da Comissão recebeu do governo o tratamento de um relatório ou documentário e não propriamente de um anteprojeto, qual fora concebido por Afonso Arinos.” BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 453/454.

§ 2º - Presume-se não incriminatório o silêncio do acusado durante o interrogatório policial, sendo vedada a sua realização à noite e, em qualquer ocasião, sem a presença do advogado ou do representante do Ministério Público. (...)

§7º - **Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa** [sem grifo no original]⁴³³

Da simples leitura do anteprojeto dos *notáveis*, percebe-se que a presunção de inocência foi acolhida em uma fórmula ampla, apesar de revelar um certo grau de imprecisão conceitual. O emprego do termo “presume-se inocente,” sem buscar subterfúgios de vocabulário para diminuir o alcance do princípio, revela a clareza de objetivo e a ousadia da intenção dos redatores, ao contrário daqueles que preferem evitar a expressão *inocente*, por causa do infundado temor das conseqüências que essa opção pode gerar. Por outro lado, a parte final do escrito peca por asseverar que este direito vige até a “declaração judicial de culpa,” pois, este significado pode conduzir a seguinte dúvida: esta declaração é a final, dita irrecorrível, ou pode ser aquela proferida em primeiro grau de jurisdição, ainda sujeita a recurso pelas partes? Este pequeno detalhe pode perverter completamente a natureza da presunção de inocência, a qual, indubitavelmente, segundo a definição de seu conteúdo, reina até a declaração do veredicto judicial irrecorrível. Primeiro é necessário que o Processo Penal tramite por todos os degraus legais e obedeça fielmente a todos os direitos e garantias do indivíduo, para então, finalmente, chegar na sentença condenatória, cercada de robustas provas, a qual tem autoridade suficiente para alterar o *status* do acusado para culpado, deitando por terra a presunção de inocência.

Um último detalhe a respeito da manifestação da presunção de inocência no texto final da comissão Afonso Arinos, pode ser percebido pela inserção do preceito como parágrafo de um artigo que regula o direito de liberdade física do indivíduo, contra as prisões arbitrárias, resultado da conclusão por parte dos redatores, de que as matérias estão intimamente interligadas. Isto, é claro, resulta em uma feliz interpretação da presunção de inocência, que, dentro desta perspectiva, age aliada ao direito de liberdade física do acusado, no decorrer do processo. Ao lado destes se encontra a preservação do direito ao silêncio, que igualmente guarda conexão com a presunção de inocência, já que o acusado tem o direito de permanecer calado, se assim o preferir, sem que este silêncio seja interpretado como um indício de sua culpa. Dentro desta concepção, alinha-se

⁴³³ Ibid., p. 35.

também o direito de não ser obrigado a produzir provas que deponham contra a sua inocência.

Dotado de erros e acertos, o trabalho final dos *notáveis* serviu apenas como aquecimento das discussões em solo nacional, seja na imprensa ou nas praças, acerca do melhor conteúdo para a futura Constituição brasileira, debate alimentado pelo início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, no dia 1º de fevereiro de 1987, formada por 487 deputados e 72 senadores reunidos unicameralmente, eleitos para o objetivo definido de redigir uma nova Constituição para o Brasil.⁴³⁴

A Assembléia Constituinte enfrentou diversos contratempos para que os trabalhos engrenassem de uma maneira satisfatória e ágil, como a circunstância determinava. O fato de inexistir um ponto de partida, como um anteprojeto, para que as discussões iniciassem, causou um problema difícil de se resolver, afinal eram 559 congressistas sedentos para expor suas idéias, dentre os quais nenhum deles estava disposto a esperar sentado, enquanto uma comissão elaborava um anteprojeto. Como encaixar esse número de pessoas, com interesses e valores por vezes antagônicos, em uma comissão imbuída do único objetivo de redigir um anteprojeto coerente e plausível de se concretizar, enquanto Constituição?

Certamente, o primeiro obstáculo a ser vencido pelos congressistas, imprescindível para a organização dos trabalhos, era a confecção de um regimento interno, onde estivessem previstas todas as fases necessárias para que a Carta Magna fosse construída em um processo aberto e democrático, não apenas aos eleitos, como também aos cidadãos. Depois de acirradas discussões, decidiu-se por uma solução inédita no Brasil, a criação de oito grandes comissões, denominadas temáticas porque se ocupariam de estruturar as disciplinas essenciais para a Constituição, cada qual composta de três subcomissões.⁴³⁵ A par dessas oito comissões, instituiu-se outra mais importante, chamada Comissão de Sistematização, que reuniria as conclusões de cada grupo para

⁴³⁴ Foi a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, o instrumento convocatório para as eleições gerais que ocorreriam em 15 de novembro de 1986, com o intuito de escolher os membros para as casas do legislativo federal brasileiro, que formariam a almejada Assembléia Constituinte democrática. Cf. BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. Op. cit. p. 453 e 454.

⁴³⁵ Os oito grandes temas que deram nome as comissões são: Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Organização do Estado; Organização dos Poderes e Sistemas de Governo; Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; Ordem Econômica; Ordem Social; Família, Educação, Cultura e Esportes. Ibid., p. 458.

analisá-las e redefini-las em um documento único, devidamente estruturado em seções, títulos e capítulos.

Depois de elaborado o anteprojeto, em 26 de junho de 1987, foram ainda recebidas e estudadas milhares de emendas, para serem inseridas no texto final, o qual surgiu em 09 de julho, titulado como o 1º projeto de Constituição. Este recebeu críticas inclusive do próprio relator da Comissão de Sistematização, Bernardo Cabral, responsável por sua organização, que se queixou da falta de unicidade filosófica capaz de interligar todo o projeto, de modo a torná-lo mais coerente em suas disposições.⁴³⁶ Isso era natural num primeiro momento, pois cada comissão tinha autonomia própria e condições suficientes para imprimir nos seus trabalhos o caráter de suas aspirações ideológicas, as quais seriam aplainadas com o tempo, quando iniciassem as sucessivas votações de 1º e 2º turno, aliadas às constantes revisões de sistematização e redação.

Tudo parecia caminhar de acordo com as expectativas, quando nos meses finais do ano de 1987, no seio da própria Constituinte, surgiu um grupo de congressistas insatisfeitos com o método de trabalho das comissões, julgando excessivo o poder concentrado na grande Comissão de Sistematização, mesmo cientes de que esta contava com a participação dos presidentes e relatores de cada uma das oito comissões temáticas. Desse desgosto se formou: "...uma composição suprapartidária de caráter manifestamente conservador em conflito com os rumos que a Comissão de Sistematização vinha imprimindo à elaboração do novo texto constitucional, consoante as normas regimentais vigentes. Esse numeroso grupo recebeu o nome de Centrão e conduziu a campanha de reforma do Regimento..."⁴³⁷ O Centrão conseguiu alterar o Regimento Interno, na votação mais incendiária que a Constituinte conheceu, ocorrida no dia 3 de dezembro de 1987. Todavia, esta foi a primeira e a única vitória do grupo, já que sua formação heterogênea levou a agravos internos e a desagregação total, para alívio dos constituintes progressistas, que temiam pela destruição de todos os pontos capitais do projeto, que tinham sido lentamente talhados para produzir uma Carta avançada em conquistas liberais.⁴³⁸

⁴³⁶ Ibid., p. 459.

⁴³⁷ Ibid., p. 460.

⁴³⁸ Ibid., p. 462.

Como se pôde perceber, a Assembléia Constituinte atravessou tempestades, conheceu dissidências e precisou de homens de bom senso, capazes de negociar e conciliar tantos interesses divergentes, de modo a ultrapassar: decisões sobre o Regimento, dois turnos de votações para os projetos; a proposição de milhares de emendas populares e parlamentares, umas aproveitadas, outras tantas excluídas; a atividade temerosa e compressorá dos elementos do Centrão; e, como não podia deixar de ser, a causticante crítica manifesta em toda a imprensa, inclusive pelo próprio José Sarney,⁴³⁹ oriunda dos que assistiam apreensivos o desenrolar dos trabalhos, ávidos por mudanças reais para o país ou receosos de que esta suprimisse os benefícios usufruídos por décadas.

Mesmo diante desses percalços, em 05 de outubro de 1988, durante emérita sessão solene, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, deduzindo a vitória de tantos que lutaram por sua elaboração.⁴⁴⁰ Preconizava a ascensão de novos valores e ideais até então apenas sonhados para o Brasil, inaugurava uma nova era democrática, cheia de otimismo e determinação, mesmo diante de suas evidentes falhas. A Constituição nascia sob olhares esperançosos, carregando consigo tarefa messiânica de emancipar a antiga e incipiente cidadania brasileira, entretanto, corria o sério risco de padecer em suas linhas, através da negligência aos seus preceitos e da ignorância sobre seu potencial. Coube aos homens idealizá-la e construí-la, mas, infelizmente, não era tarefa acabada, pois ainda hoje cabe igualmente aos homens, torná-la viável e concreta, fazer dela não apenas uma *Constituição jurídica*, como também uma *Constituição real*.

4.2.2. A redação do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988

Os anos que o Brasil passou distante dos propósitos democráticos foram frutíferos para a afirmação da presunção de inocência no mundo, seja em textos internacionais de

⁴³⁹ As decisões que estavam sendo tomadas pelos congressistas, principalmente as que envolviam o campo tributário, a garantia dos direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, ricamente acrescidos nos projetos de lei, provocaram a indignação de José Sarney, que chegou ao ápice de entrar em cadeia nacional de rádio e televisão, para tecer mordazes comentários acerca do conteúdo que estava sendo impresso na nova Constituição. A que causou maior impacto, sem dúvida, foi a assertiva de que a futura Constituição tornaria o país ingovernável, devido a sobrecarga imposta ao orçamento da União. Ulisses Guimarães retrucou afirmando que a Constituição obedecia a um processo democrático, aberto a toda a sociedade e, por seu futuro conteúdo seria a "Constituição cidadã," autorizada pelo povo. Ibid., p. 464 a 466.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 469.

direitos humanos,* ou nas Constituições democráticas do Ocidente, notadamente as européias, como as de Portugal, Espanha e Itália.⁴⁴¹ A par disso, nossos constituintes perceberam que um direito individual de cunho internacional, presente nos mais importantes documentos da ONU sobre direitos humanos, não poderia mais ser ignorado pela legislação constitucional brasileira, caso esta ousasse se intitular como democrática, cidadã, liberal ou protecionista dos direitos e garantias individuais. Tais adjetivos, que pretendiam fossem atribuídos à Constituição de 1988, somente fariam sentido se a mesma se compromettesse com os avanços democráticos exigidos pela adoção deste *status*. Por outro viés, havia a disposição de estabelecer novas bases para estruturar a relação entre o Estado e o indivíduo, devido a própria alteração dos princípios políticos que regiam a lógica de funcionamento do Estado, depois da liberalização do regime e da intenção de trilhar o caminho para uma Democracia formal e materialmente creditada.

Esta sucessão de fatores contribuiu para a previsão legal da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, dentro do capítulo referente aos direitos e garantias individuais como princípio⁴⁴² constitucional norteador do Processo Penal

* Exemplo disso se retira, dentre outros, da aprovação do PIDCP pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Vide retro item 3.4.

⁴⁴¹ A Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, garante em seu artigo 32.2 "Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa." PORTUGAL, República de. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <www.partido-socialista.pt/ar/biblioteca> Acesso em: 23 fev. 1999. p. 12. Na Espanha a presunção de inocência apareceu pela primeira vez no texto constitucional em 1978, no artigo 24.2, especificando-se com muita clareza e plenitude: "Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia." Tradução: "Todo têm direito a um Juiz ordinário pré determinado pela lei, a defesa e assistência de advogado, a ser informado da acusação formulada, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não provar contra si mesmos, a não se confessar culpado e a presunção de inocência." GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29. Já na Itália, como visto anteriormente no item 1.2.2.4., a fórmula é bem mais antiga, data da Constituição de 1946, e sedimentou o seguinte: "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva." TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madri: La Ley, 1993. p. 30. Tradução: "O acusado não é considerado culpado antes da condenação definitiva."

⁴⁴² A concepção atual acerca dos princípios jurídicos é de elaboração recente, data da década de 1970, época em que os estudos sobre tal construção doutrinária produziram seus principais fundamentos. Como salientado na introdução desta pesquisa, somente a partir da positivação constitucional da presunção de inocência é que é coerente denominá-la de princípio de direito fundamental. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81-90. Esta importante teorização oferece caminhos valiosos para a interpretação dos princípios de direito fundamental, principalmente quando há a colisão entre os mesmos. Não foi aproveitada com mais vigor neste espaço, porque o objetivo desta pesquisa é aferir o significado da presunção de inocência, através do estudo do seu entendimento na jurisprudência e não a sua

brasileiro, aliado a outros princípios processuais, os quais juntos formaram uma rede de direitos e garantias para o indivíduo que, se aplicados corretamente, têm o poder de limitar o poder punitivo do Estado.

O processo de tomada de decisão a favor da presunção de inocência obedeceu a todas as exigências estabelecidas pelo Regimento Interno, trafegando pelas comissões, sujeitando-se às emendas modificativas, de forma a chegar a uma redação razoável, que fosse aceita pela maioria. Das oito comissões temáticas que foram estipuladas para organizar as atividades da Assembléia Constituinte, sublinha-se a primeira delas como a mais próxima à presunção de inocência, a Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que era composta por três subcomissões, assim denominadas: da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; dos Direitos e Garantias Individuais.⁴⁴³ Foi exatamente nesta comissão, mais especificamente no âmbito da subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, que se estudou a melhor fórmula para a presunção de inocência, segundo os interesses políticos em questão, que não eram poucos. Isto porque receber a presunção de inocência em sua plenitude, significa optar pelo indivíduo em detrimento da repressão pública estatal, uma eleição política difícil, onde entram em jogo concepções antagônicas, como aquela que se esforça prioritariamente na proteção e na defesa da sociedade, a qual possui ramificações mais extremistas, que tendem a crer que a persecução penal deve estar revestida de instrumentos poderosos para o extermínio do delito e do delinqüente. Todas estas concepções se digladiaram nos grupos de trabalho, principalmente quando a matéria em questão eram os ditames do Processo Penal e as diretrizes que iluminariam as futuras tarefas no campo da política criminal.

A primeira redação da presunção de inocência surgiu no parecer da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a qual, ainda destituída de uma técnica mais apurada, professou que: “Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”.⁴⁴⁴ Depois que o parecer foi enviado à Comissão de

preponderância frente a outros princípios de igual categoria, como o é o da publicidade do processo ou do direito à informação, por exemplo.

⁴⁴³ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. Op. cit. p. 458.

⁴⁴⁴ Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio...* Op. cit. p. 32. Este autor esclarece que o problema desta primeira versão estava na palavra cidadão, colocado como único destinatário do direito à presunção de inocência. Isto fazia com que o direito ficasse restrito apenas aos cidadãos, ou do entendimento que se tivesse sobre cidadania.

Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, da qual a dita subcomissão era subordinada, optou-se por uma linguagem mais cuidadosa, de acordo com a própria natureza do preceito: “Presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.”⁴⁴⁵

Todavia, a escrita moldada para o preceito não agradou alguns constituintes, que se incomodaram profundamente com a expressão “presume-se inocente” ali firmada, audaciosa por demais para figurar em meio a disciplina processual penal, que se ocupa do trato com os “criminosos”. Havia relutância em aceitar o que para eles era um profundo paradoxo: como afirmar que se presume a inocência de um indivíduo que é acusado de um crime? Em face do que aparentava ser um enigma irresolúvel, julgou-se necessária a interposição de uma emenda modificativa, a qual sugeria a retirada destas palavras do seio da futura Constituição, consolidando uma linguagem mais suave, que não causasse tanta repulsa à adoção do preceito, facilitando inclusive a sua futura aceitação em plenário. Esta emenda partiu do deputado José Ignácio FERREIRA,⁴⁴⁶ citado por GOMES FILHO, o qual, ao inscrever sua proposta, argumentou que a substituição era adequada para: “...caracterizar mais tecnicamente a denominada *presunção de inocência*, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia.” Depois dessa emenda o princípio se manteve com as mesmas letras, até ser aprovado definitivamente, figurando assim até hoje na Constituição brasileira: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”⁴⁴⁷

A simples leitura desta construção é suficiente para reconhecer a identidade com a fórmula italiana, que igualmente dispõe: “l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.⁴⁴⁸ Lembre-se de que na Itália, esta redação foi negociada em meio a dominação exercida pelo pensamento da escola Técnico-Jurídica, que através de seu expoente máximo Manzini, induzia a todos à crença de que o Processo Penal não estava a serviço da liberdade do indivíduo, mas era um instrumento aplicado para provar a culpa do acusado, utilizando-se de regras técnicas, de forma a produzir resultados com mínimas

⁴⁴⁵ Ibid., p. 32.

⁴⁴⁶ FERREIRA, José Ignácio. Projetos de Constituição. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio... Op. cit., p. 32.

⁴⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jan.2001. art. 5º, LVII.

⁴⁴⁸ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit. p. 30. Tradução: “O acusado não é considerado culpado sem a condenação definitiva.”

margens de erro e arbitrariedade. Esse mesmo Manzini acreditava que a presunção de inocência era uma expressão irracional e paradoxal, dirigindo contra o preceito críticas de morte, com o fito de aboli-la do interior do Processo Penal.* Talvez esta tenha sido a fonte inspiradora do deputado José Ignácio Ferreira, ao argumentar que a expressão “presunção de inocência” era criticada pela doutrina, errônea para se referir a garantia concedida para o indivíduo de não ser considerado culpado até a declaração irrecorrível de culpa.

No fundo, a crítica exacerbada e a resistência em aceitar a presunção de inocência em sua plenitude, por parte dos juristas e dos políticos brasileiros, revela ainda mais a ignorância que paira acerca do seu conteúdo e da sua história jurídico-política, a qual, durante séculos lapidou três significados distintos, cada um dotado de características peculiares e com alcance definido, que nem sempre se encaixam com a literalidade do preceito. Onde há o desconhecimento reina o temor. Outros há que, apesar de aparentemente conhecer a história do preceito, não aceitam sua aplicação ampla, como regra de tratamento, regra de juízo e modelo de Processo Penal, preferindo se referir a mesma como “princípio de não-culpabilidade,” já que crêem ser equivocada a fórmula “presume-se inocente,” preferindo a redação “não pode ser considerado culpado,” como o fizeram na Constituição brasileira.⁴⁴⁹

Há muitos que rejeitam a presunção de inocência, porque acreditam que aplicá-la significa impedir que o acusado seja preso antes da sentença penal condenatória, ou que sofra qualquer medida restritiva de direitos. Estes se esquecem de que existem medidas cautelares, que podem ser aplicadas contra indivíduos indiciados ou acusados, desde que se fundamentem em outros critérios legais de necessidade, distintos daqueles que cercam a pena, destinada apenas para coroar a certeza da culpa. Ainda há aqueles que ficam restritos a literalidade da expressão “presunção de inocência,” enxergando nela um contra-senso de linguagem, porque não conseguem resolver a questão de presumir inocente um indivíduo, sobre o qual existem provas fundadas de ter infringido o estatuto

* Vide detalhadamente no tópico 2.2.2.4., o esforço lógico de Manzini para dotar o Processo Penal de outras bases de orientação, racionalizadas para imprimir eficácia ao instrumento de persecução penal e que negavam a posição de supremacia do indivíduo frente ao Estado.

⁴⁴⁹ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 42. Este autor é partidário do pensamento que, nitidamente inspirado na doutrina técnico-positiva e acorde com a concepção esposada pelos constituintes pátrios, acredita existir hoje uma: “...tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência.... Assim, é melhor dizer-se que se trata do ‘princípio da não-culpabilidade’”. O autor arremata que: “Por isso nossa Constituição não ‘presume’ a inocência...”

penal, chegando ao ápice de formular questões surpreendentes, que facilmente levam a erro os mais desavisados.⁴⁵⁰

Contudo, mesmo sem a colaboração total dos constituintes, que não desejaram dar ao princípio uma redação ampla, nem uma linguagem apropriada para estruturá-lo sobre bases mais firmes e claras, a exemplo do que foi inserido nas Constituições portuguesa e espanhola, a presunção de inocência está apregoada na Constituição Federal de 1988, cabendo a doutrina e aos juízes determinar o seu alcance e garantir a sua aplicação para orientar o Processo Penal. O fato de não estar escrito “presunção de inocência” não cria um preceito novo e “melhorado”, como querem acreditar alguns, nem reduz a garantia que foi lentamente desenhada desde a DDHC de 1789.

Com efeito, quando o inciso LVII determina que “ninguém pode ser considerado culpado,” quer dizer que *todos devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, isto porque, segundo o próprio desenvolvimento da doutrina italiana a respeito,* só há dois *status* que podem ser aplicados ao indivíduo: inocente ou culpado. A tentativa de criar uma terceira condição para o indivíduo, intermédia entre estes dois extremos, dentro da simples denominação de “acusado”, não vingou na Itália e, igualmente, não pode ser levada a sério no Brasil, sob pena de moldar um conceito totalmente destituído de base normativa, alheio à realidade jurídica constitucional e processual penal. Prova disso é a percepção de que a criação do estado de acusado, para diferenciar o indivíduo entre inocente e culpado, pertence ao antigo objetivo de possibilitar que o *jus puniendi* seja aperfeiçoado com instrumentos poderosos de persecução penal, rápidos e eficientes, capazes de impor contra o indivíduo que ainda está sendo processado, medidas coercitivas antes da sentença irrecorrível, minorando inclusive seus direitos individuais, deixados de lado para dar vazão à punição

⁴⁵⁰ Veja-se esta pérola: “De tempo para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio que, levado às últimas consequências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva.” Ibid., p. 41. Lembre-se, todavia, que a presunção de inocência nada tem a ver com as presunções legais aplicadas com grande êxito no processo civil, onde impera a divisão do ônus da prova, com a farta distinção entre presunções que admitem prova em contrário e outras que não admitem. A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico e sim uma expressão que foi cunhada há muito tempo e que hoje agrega três significados: modelo de processo penal, regra de tratamento e regra de juízo.

* Vide item 2.2.2.4.

estatal. Esta não é a concepção refletida na extensão do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual assegura um catálogo portentoso de direitos e garantias individuais, inclusive para os acusados e condenados.

Por conseguinte, considerar inocente significa conceder ao indivíduo todas as prerrogativas inerentes a esta categoria, que são descritas e garantidas na Constituição e no próprio estatuto processual. Somente a declaração judicial da culpa transitada em julgado pode retirar do indivíduo o véu da inocência, permitindo que sobre o mesmo recaia a pena adequada e em justa medida, conforme a prescrição legal. Todavia, isto não impede que o indivíduo sofra restrições em sua liberdade física, o que pode ocorrer até mesmo antes do processo criminal estar instaurado, desde que a medida se fundamente em outros pressupostos, que não a pena, questão que será oportunamente tratada.

Ainda examinando a redação do inciso LVII da Constituição Federal de 1988, observa-se como ponto positivo do texto aprovado, a substituição da palavra “cidadão,” sugerida pela primeira proposta, pelo termo “ninguém,” o qual figurou na escrita final. Nota-se que o vocábulo escolhido está mais sintonizado com os textos internacionais de direitos humanos, porque reconhece a vigência do direito para todos os indivíduos, indistintamente, sejam cidadãos brasileiros ou não. Outro benefício franqueado pela palavra “ninguém” é a possibilidade de uma ampla interpretação, que não restringe o direito apenas para o “acusado”, nos moldes da Constituição italiana, mas concede o direito a todas as pessoas, independente da fase da repressão penal a que ela esteja sujeita, seja ao inquérito ou ao processo.⁴⁵¹

Face a todas as considerações aqui exposta, referentes à literalidade e aos contornos dados ao texto do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, há elementos suficientes nesse momento para aferir o significado do seu conteúdo. A expressão “ninguém pode ser considerado culpado”, necessariamente, conduz ao entendimento de que a orientação maior do princípio, ao menos no teor dessa linguagem, é no sentido de **regra de tratamento** do indivíduo, ou seja, ninguém pode receber um tratamento que comumente é destinado para os culpados, quando ainda não há uma decisão judicial transitada em julgado, que conclua por sua culpabilidade. Como bem enfatiza Gomes Filho: “... a referência à ‘presunção de inocência’ traz à mente aspectos

⁴⁵¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio...* Op. cit. p. 32.

concernentes aos fundamentos do convencimento judicial, ao passo que ‘não considerar o acusado culpado’ importa privilegiar a temática do tratamento jurídico, o *status* do réu no curso do processo, que não pode ser assimilado ao culpado até a sentença definitiva.”⁴⁵²

O indivíduo tem o direito constitucional de receber o tratamento adequado a sua situação de inocente, que deve perdurar até a declaração judicial de culpa transitada em julgada. Disso se distingue que as violações mais comuns à presunção de inocência ocorrem em duas esferas separadas: judicialmente, no decorrer do processo, como tratamento do acusado, e extrajudicialmente, em meio ao convívio social, onde o indivíduo pode sofrer consequências inerentes ao estado de culpado. Veja-se mais detidamente os aspectos concernentes às violações do princípio, como regra de tratamento, nesses dois setores apontados, com referência aos exemplos mais comuns.

Fora do Processo Penal, há duas circunstâncias que com maior regularidade ferem a presunção de inocência no Brasil: o modo pelo qual a polícia trata o indivíduo, seja nas ruas ou nas delegacias; e o tratamento que a mídia confere ao indivíduo suspeito, indiciado ou acusado de um ato delituoso. A polícia padece por falta de preparo e de estrutura suficiente para cumprir com dignidade seu trabalho, o que contribui para que grande parte dos policiais exorbite no trato repressivo contra o delito, agindo com truculência contra os prováveis infratores da lei penal. Nas batidas policiais, nos casos de prisão em flagrante delito, nas agitadas manifestações públicas, no tratamento despendido na oitiva de uma testemunha ou de um suspeito ou indiciado, as pessoas comumente são tratadas como se fossem culpadas, isso quando não sofrem violência física ou coação moral para confessarem algum delito, situações que vêm se tornando cada vez mais corriqueiras entre as denúncias que abarrotam as corregedorias de polícia. Por vezes, são pequenos detalhes de tratamento, como por exemplo: o uso desnecessário de algemas, os excessos nas revistas pessoais e as detenções por horas sem motivo justificado. Entre o fiel desempenho da atividade policial, conforme o poder que lhe confere os *jus puniendi* estatal e os excessos violadores do princípio da presunção de inocência, há uma fronteira tênue, sensível e que é facilmente deturpada.

A mídia hoje ocupa um papel decisivo na sociedade de massas, atuando na movimentação de informações com agilidade, no estímulo ao debate público sobre temas

⁴⁵² Ibid., p. 42.

de alta relevância social, na fiscalização da atuação dos poderes de Estado e outras atividades de suma importância, alcançadas graças a sua capacidade de difundir fatos e imagens com assustadora rapidez. Esta concentração de atividades faz da mídia um super poder, que solidifica senso-comuns, molda a opinião pública ao sabor do vento e acaba por construir mitos em volta de pessoas. Nessa esteira, destaca-se o envolvimento da mídia nas denúncias públicas, trazendo à lume crimes ocultos aos olhos da polícia, notadamente os de corrupção, numa clara iniciativa contra a proliferação da impunidade. As bombásticas denúncias logo se transformam em teatrais escândalos, em que há o envolvimento de pessoas públicas, como políticos, numa sucessão de descobertas que se constituem em verdadeiros banquetes para a mídia, que além de apresentar provas em escutas telefônicas, declarações de testemunhas anônimas e documentos, quer também apresentar veredictos. A mídia presta um relevante papel ao denunciar, acompanhar e pressionar para que existam investigações mais adequadas, mas, indiscutivelmente, a norma constitucional determina que cabe ao Judiciário recolher provas, julgar, condenar e aplicar a pena.*

O poder de manipulação e deformação da opinião pública pode ser percebido com ênfase quando a mídia, supondo antecipadamente um culpado e tratando-o como tal, macula nomes e vidas particulares, ações que o Judiciário não consegue reverter com a declaração de inocência, nem com vultuosas somas por conta de indenizações por danos morais. Por mais veementes e revoltantes que sejam os indícios, a presunção de inocência abriga todos os indivíduos, impondo exclusivamente para o Judiciário a tarefa de pronunciar se são culpados ou inocentes, função que a mídia insiste em usurpar.

Isso para não apontar os casos menos *glamourosos*, como nas manchetes policiais, em que imagens de corpos mutilados disputam espaço com as de seus apontados *carrascos*, os quais antes de serem tratados como suspeitos, indiciados ou acusados, são expostos como culpados. De que adianta o veredicto judicial prolatar que o indivíduo da fotografia é inocente, dois anos depois da notícia tê-lo exposto como culpado para milhares de pessoas? Infelizmente, a presunção de inocência e o direito de imagem⁴⁵³ são atropelados pelo direito a informação e pelo princípio da publicidade dos atos

* A pena mais pavorosa que a mídia impõe é a da execração popular, consolidando em um suspeito o estigma de culpado.

processuais, dos quais se utiliza a imprensa livre para cometer abusos,⁴⁵⁴ já que esta, por vezes, age com irresponsabilidade, destruindo de forma irrecuperável a reputação de uma pessoa inocente ou humilhando e estigmatizando um futuro culpado. Reconhece-se, porém, que os meios de comunicação só são vitoriosos nesses exageros, porque existe uma multidão ávida em presenciar as minúcias acerca de um crime e da vida pessoal do apontado culpado por sua autoria. Quanto mais grotesco e sangrento, mais os olhos da multidão querem detalhes. Leia-se como este problema é antigo, nas insubstituíveis palavras de Carnelluti:

O homem quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição que se ilude em garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, lembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.⁴⁵⁵

Juridicamente, no decorrer do processo crime, são outras as mazelas que assolam a inteireza da presunção de inocência, entendida como regra de tratamento, acorde com a disposição da Constituição Federal de 1988. De início se constata que o princípio constitucional pode ser contrariado por procedimento penal, como por exemplo aqueles que prevêm, as vezes até de forma assumida, a execução provisória da sentença, em qualquer circunstância ou estágio do processo penal, que seja anterior a sentença condenatória transitada em julgado.⁴⁵⁶

Outra vedação imposta pelo princípio da presunção de inocência é a aplicação indiscriminada de medidas cautelares, como as que determinam a prisão do acusado com base em motivos que, claramente, não se encaixam perfeitamente dentro dos requisitos estipulados pela norma processual, ou ainda, esticam demasiadamente a interpretação dos mesmos. Entretanto, não apenas a prisão como também a aplicação de providências cautelares de natureza patrimonial, são classificadas como abusivas e contrárias ao

⁴⁵³ O direito de imagem pertence a privacidade do indivíduo, bem protegido pela Constituição Federal de 1988. BRASIL. *Constituição...* Op. cit. art. 5º, X.

⁴⁵⁴ Idem, art. 5º, XIV e IX. Já a publicidade dos atos processuais está contido no artigo 93, IX. Ibid., arts. 5º, XIV, IX; 93, IX.

⁴⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995. p. 46.

⁴⁵⁶ Cf. SUANNES, Adatao. Podemos falar em execução penal antecipada? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.7, 167-173, jul./set. 1994.

princípio da inocência, quando decididas exclusivamente com fulcro na imputação do indivíduo como autor de um delito.⁴⁵⁷

O princípio da presunção de inocência, como regra de tratamento, também emana seus reflexos no decorrer dos atos processuais, que são ordenados e dirigidos por agentes administrativos da justiça, os quais devem agir com cautela no trato com os acusados, não permitindo que os mesmos sejam equiparados aos culpados. Na prática judicial que se firmou nos edifícios forenses, a posição ocupada pelo réu dentro da sala do Tribunal do Júri ou mesmo nas salas de audiências, nem sempre respeita a sua condição de presumivelmente inocente, pois, submete o acusado a uma situação de inferioridade frente ao representante do Ministério Público e ao juiz, quando é colocado em desnível, ladeado por policiais ou oficiais de justiça, tendo que responder de pé ao interrogatório ou com algemas, circunstâncias que implicam em flagrantes violações ao princípio da presunção de inocência, podendo inclusive influenciar os jurados, quando é a hipótese de tribunal popular.⁴⁵⁸

Ainda juridicamente, há contrariedade do princípio constitucional em estudo dentro das disposições legais ordinárias, como as contidas na codificação processual penal, que no mais das vezes, entram em embate frontal com a presunção de inocência. Contudo, infelizmente, percebe-se que mesmo depois de mais de doze anos de vigência constitucional, o Código de Processo Penal, de 1942, permanece ileso diante do princípio constitucional, que não mudou em nada suas instruções autoritárias. Desde a promulgação da nova Carta, uma acirrada batalha tem sido travada nos tribunais brasileiros, frente à controvérsia gerada em torno de uma Carta democrática e uma codificação de inspiração repressiva, que sempre negou vida à presunção de inocência. O embate entre as disposições do Código e da Constituição, assistida nos tribunais pátrios, está longe de terminar.

4.2.3. Os princípios constitucionais relacionados com o Processo Penal

Antes de passar para o exame do tratamento dado à presunção de inocência pelos tribunais superiores, interessa relacionar a presunção de inocência com os princípios

⁴⁵⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio...* Op. cit. p. 43.

⁴⁵⁸ Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Sobre o uso de algemas no julgamento pelo júri. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v.0, 110-115, dez. 1992.

orientadores do Processo Penal brasileiro, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Como é sabido,* a presunção de inocência não pode atuar sozinha dentro de um complexo de normas jurídicas, sob pena de não encontrar instrumentos para se concretizar efetivamente. Ademais, o citado preceito tem como um dos seus significados a instauração de um determinado modelo de Processo Penal, em que o indivíduo ocupa a cena principal, para o qual defluem, inclusive, as atenções do Estado, principal responsável pela preservação do direito a vida e a liberdade. Este modelo é que privilegia o *jus libertatis* frente ao *jus puniendi*, garantindo o direito do indivíduo à presunção de inocência.

A atual Constituição trouxe em seu bojo disposições que dotaram o Processo Penal de uma nova matriz, em oposição ao modelo firmado no CPP de 1942, que possui franca inspiração autoritária. Da mesma forma, a presente Carta conquistou prestigiosos avanços na temática dos direitos e liberdades individuais, em comparação às Constituições antecedentes, como a de 1967 e a de 1946. Isto se explica porque a atual Constituição, além de estruturar o Brasil como um Estado Constitucional, erigido sob a viga maior do Estado de Direito, concedeu aos direitos humanos um farto catálogo de disposições, dentre as quais se encontram as que disciplinam com riqueza de detalhes o direito de liberdade física e as respectivas garantias a este direito que vigoram no Processo Penal, demonstrando mais uma vez, a preocupação despendida com esta delicada área de relação entre o Estado e o indivíduo.

Cumprе observar que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o direito de liberdade física é a matriz que orienta o Processo Penal brasileiro, enquanto direito fundamental do indivíduo, o qual, para ser concretizado, é cercado por um conjunto de garantias processuais, dentre as quais figura a presunção de inocência. Portanto, o princípio da presunção de inocência além de ser um direito fundamental, reconhecido pelas históricas declarações de direitos, é uma garantia constitucional que protege e concretiza direitos individuais. Porém, dentro do espírito e da letra desta Carta brasileira, o princípio da presunção de inocência não ocupa a cena principal, enquanto garantia processual de proteção do direito de liberdade, já que surge em volta de outros princípios

* Os princípios que acompanham a presunção de inocência estão relacionados no item 2.3

igualmente importantes para a caracterização de um modelo de Processo Penal acusatório, onde a proteção do acusado está em nítida vantagem sobre o direito de punir do Estado.

Com efeito, de todos os direitos e garantias individuais insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal, que se relacionam com o processo, sem dúvida, o destaque maior é a cláusula do devido processo legal (*due process of law*), que em sentido procedimental,* é o cerne do qual derivam *todos os princípios constitucionais relacionados com o processo*, inclusive a presunção de inocência. Isto faz do devido processo legal um meta-princípio, que tem o condão de elevar toda a disciplina processual à classe constitucional, não de forma exaustiva, mas desdobrando os preceitos em um feixe de direitos e garantias individuais que agem diretamente no processo, concedendo-lhe nova orientação quando anuncia que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.⁴⁵⁹ Para alguns, o devido processo legal já podia ser deduzido do ordenamento jurídico brasileiro anterior à vigência da atual Constituição, todavia é forçoso comentar que a garantia que emerge de sua positivação é uma vitória indiscutível em um país que, infelizmente, não cultivava uma tradição democrática forte o suficiente para dispensar sua enunciação, preferindo considerá-lo implícito.

No campo processual penal, o devido processo legal está intimamente relacionado à presunção de inocência, porque se ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até a decisão final de um processo, não é qualquer processo que é adequado para concluir sobre a culpabilidade de um indivíduo, mas apenas o devido processo legal, entendido como aquele que é conduzido de acordo com todas as disposições de direitos individuais proclamadas na Constituição e nas leis ordinárias.⁴⁶⁰ Para SIQUEIRA CASTRO, o devido processo legal alia prescrições constitucionais e ordinárias: “A aplicação do *devido processo legal* à jurisdição penal do Brasil, semelhantemente ao que sucedeu nos Estados Unidos da América, combina algumas garantias indicadas por expresse no texto constitucional, além de outras que

* Veja-se mais sobre o sentido procedimental e substancial do devido processo legal no tópico

2.4.2.

⁴⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República*...Op. cit. art. 5º, LIV.

⁴⁶⁰ No dizer de Gomes Filho: “Presunção de inocência e ‘devido processo legal,’ na verdade, são conceitos que se complementam, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo ‘justo’, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio;” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio*...Op. cit. p. 47.

emergem por via implícita do sistema de proteção que cerca a acusação e a defesa na instância penal.”⁴⁶¹

O devido processo legal se prende a uma concepção de que o indivíduo tem direito a um processo judicial que obedeça trâmites legais previamente estabelecidos, sempre que seu direito de vida, liberdade ou de propriedade estiverem na iminência de serem limitados por uma ação do Estado ou de terceiros. Contudo, como supra citado, não é qualquer processo que se encaixa na definição de *devido processo legal*, mas, certamente, é o processo no qual o indivíduo tenha garantida a oportunidade de exercer plenamente a defesa dos seus direitos e razões do início ao fim, notadamente quando a parte contrária apresentar alguma prova ou argumento, que possa ser refutado.⁴⁶² Isto se traduz em contraditório e ampla defesa, princípios processuais diversos, mas que se cumprem através de certas premissas, que devem estar também garantidas, tais como: “a) o direito de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.”⁴⁶³ Veja-se a seguir cada um desses requisitos com mais detalhes.

O direito de ser informado encontra parte de sua difusão por meio do princípio que exige a publicidade dos atos processuais.⁴⁶⁴ Todavia, de nada adianta ser informado, quando o indivíduo não dispõe de um técnico especializado para realizar a sua defesa, pois a ampla defesa não significa apenas o direito do indivíduo se manifestar, mas depende da participação de um advogado capacitado⁴⁶⁵ para confeccionar uma defesa coerente com os instrumentos jurídicos disponíveis. O advogado deve ter condições de se apossar das mesmas armas disponibilizadas pela acusação, para então cumprir o

⁴⁶¹ CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 266.

⁴⁶² Sobre estes direitos prescreve a Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” BRASIL. *Constituição...* Op. cit. art. 5º, LV.

⁴⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. Regrimentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61.

⁴⁶⁴ BRASIL. *Constituição...* Op. cit. art. 5º, LX.

⁴⁶⁵ Foi pensando nisso que o legislador constitucional asseverou que o preso tem direito a advogado e que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que não puderem arcar com as despesas financeiras de um advogado. Ibid., art. 5º LXIII, LXXIV e 134. Todavia, entende-se que para a consecução da ampla defesa não é apenas o preso que tem direito a advogado, como também os indiciados e acusados que estiverem em liberdade. Infelizmente, no Brasil se constata as imensas deficiências do sistema de defensoria pública, o que torna este dispositivo inepto, a ponto de muitos réus com advogados serem declarados indefesos pelo juiz, nas vésperas de prolatar a sentença, o que faz com que todo o processo recue novamente. BRASIL. *Constituição...* Op. cit. art. 5º.

contraditório com uma paridade mínima, que respeita também o princípio da igualdade dentro do processo.⁴⁶⁶ A esse respeito, como bem preleciona Gomes Filho:

Se de um lado a própria existência da imputação caracteriza, por si só, uma condição de desvantagem do cidadão em face do poder punitivo estatal, a afirmação constitucional dos princípios da presunção de inocência e do 'devido processo legal' destina-se a contrabalançar essa carga negativa, indicando ao juiz não apenas uma atitude em face do acusado, ou uma regra de julgamento na hipótese de dúvida, mas o próprio modo pelo qual deve realizar-se a atividade processual, através da integração do direito ao processo com os direitos *no* processo.⁴⁶⁷

Já a bilateralidade nas audiências, remonta a busca da verdade processual, onde o juiz, para reconstituir os fatos e chegar a uma verdade plausível, precisa ouvir ambas as partes, defesa e acusação, de onde retirará os elementos capitais para a formação do seu convencimento. Por fim, encontra-se o direito à prova,⁴⁶⁸ entendido mais como direito das partes de poder realizar em juízo, sem proibições injustificadas, a produção ou exibição das provas que entenderem cabíveis e necessárias para comprovar suas alegações. Em contrapartida, as partes também dispõem do direito de ver excluída a prova produzida fora dos parâmetros legais. Assim sendo, o direito a prova não é absoluto, pois ao mesmo tempo em que há o direito de poder produzir a prova, há a submissão aos critérios legais que restringem esse direito, porque nem todas as provas são admitidas em juízo e, por outro lado, mesmo as que foram admitidas, podem ser posteriormente declaradas nulas.⁴⁶⁹ O juízo de admissibilidade observa critérios formais, quando proíbe a produção de provas que possam conduzir a uma falsa reconstrução da verdade, ou materiais, quando não aceita uma prova que foi produzida sob a violação de outros direitos fundamentais.⁴⁷⁰ Nesse sentido, são ilícitas as provas produzidas ao arrepio da lei, campo vasto do qual se exemplifica a ilicitude da prova obtida mediante forte coação moral ou sevícias físicas.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Ibid., art. 5º *caput*.

⁴⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O princípio...** Op. cit. p. 44.

⁴⁶⁸ "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;" Ibid., art. 5º, LVI.

⁴⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 94. O autor esclarece que, baseado nessas ocorrências, há uma distinção entre provas inadmissíveis e provas nulas, já que a primeira é declarada antes de ser produzida em juízo, e a outra é reconhecida posteriormente, como ocorre, por exemplo, com as provas produzidas inadequadamente, com prejuízo para a parte contrária. Nesta obra, o autor mostra com detalhes o desdobramento dos dois tipos de exclusão de provas, por inadmissibilidade e por declaração de nulidade.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 95.

⁴⁷¹ A Constituição Federal de 1988 considera ilícita as provas obtidas: com violação de domicílio (art. 5º, XI), ou seja, sem o anterior mandado de busca e apreensão expedido unicamente pelo Judiciário; através de torturas e maus tratos (art. 5º, III); e com flagrante violação do direito à intimidade (art 5º, X).

Observa-se que todos os princípios processuais previstos na Constituição de 1988 estão em estreita conexão, enfeixando-se num mesmo sentido, onde cada qual depende do outro para alcançar uma maior completude técnica, tarefa facilitada na percepção de que todos apontam para o mesmo pólo material, qual seja, o da proteção do indivíduo frente a ação repressiva do Estado. Com efeito, o constituinte brasileiro optou pela previsão extensiva dos direitos fundamentais do indivíduo, como orientadores da atividade de persecução penal que é realizada pelo Estado, determinando que esta deve ser conduzida com maior respeito ao direito de liberdade física individual,⁴⁷² firmada como regra no decorrer do Processo Penal. Prova disso está no grande número de incisos que se ocupam do binômio prisão/liberdade, os quais, indiscutivelmente, também se entrelaçam com a presunção de inocência, principalmente quando se referem aos indivíduos que não foram classificados como culpados pela sentença condenatória final.

O primeiro destes prescreve que a prisão é recomendada apenas nos casos de flagrante delito ou quando houver uma ordem escrita e fundamentada do juiz competente, excetuadas as hipóteses de crime ou transgressão militar.⁴⁷³ Também há a obrigatoriedade da comunicação de qualquer prisão para as pessoas próximas ao preso, bem como para o juiz competente, dentro de um prazo razoável, sob pena desta última macular o ato.⁴⁷⁴ O indivíduo que acabou de ser preso possui alguns direitos, dentre os quais: o de saber o motivo de sua prisão e ser cientificado de seus direitos;⁴⁷⁵ o de identificar quem são os agentes responsáveis por sua prisão e interrogatório policial;⁴⁷⁶ o de ter sua prisão imediatamente relaxada, quando for ilegal;⁴⁷⁷ o de ser libertado através do benefício da liberdade provisória, quando cabível, independente de fiança.⁴⁷⁸

Dentre todos estes direitos, há dois de maior conotação com a presunção de inocência: o primeiro é o direito ao silêncio, a garantia de não poder ser coagido, física ou moralmente, a se manifestar acerca dos fatos que motivaram sua prisão, o que se subentende que o juiz, ao tomar uma decisão relacionada com este indivíduo, não pode tomar seu silêncio como evidência de sua culpabilidade. O segundo deles é o que

⁴⁷² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O princípio...** Op. cit. p. 48.

⁴⁷³ BRASIL. **Constituição...** Op. cit. art. 5º LXI.

⁴⁷⁴ Ibid., art. 5º, LXII.

⁴⁷⁵ Ibid., art. 5º, LXIII.

⁴⁷⁶ Ibid., art. 5º LXIV.

⁴⁷⁷ Ibid. art. 5º, LXV.

⁴⁷⁸ Ibid., art. 5º, LXVI.

assegura a assistência do advogado neste momento, com o qual o indivíduo poderá preparar sua defesa.⁴⁷⁹

Para completar, soma-se a todos estes direitos do preso, que são decorrência direta do direito de liberdade física, a garantia maior do indivíduo de estar protegido contra todos os tipos de prisão ilegal: o remédio jurídico do habeas corpus.⁴⁸⁰ Esta garantia tem o poder de atuar na prática jurídica, sempre que for imposta ao indivíduo uma prisão ilegal, que não estiver de acordo com o cumprimento de todos os requisitos a ela essenciais.

Outra inovação inscrita na Constituição de 1988 e que guarda aproximação com a presunção de inocência, é a que veda o ato de identificação criminal para as pessoas que já foram identificadas civilmente, de acordo com as seguintes palavras: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.⁴⁸¹ Dessa maneira, as pessoas inscritas no registro geral de identificação civil, não precisam mais se submeter ao vexatório ato da identificação datiloscópica, que era obrigatório segundo disposição do CPP.⁴⁸²

Este inciso é de inegável conquista de um grupo de juristas brasileiros, que há muito tempo criticavam ferozmente esta obrigatoriedade imposta pelo Código, especificadamente desde meados da década de 1970, quando diversos argumentos foram suscitados com o propósito de extinguir a medida. Afirmavam que a identificação datiloscópica contrariava frontalmente a garantia da presunção de inocência, pois era realizada em indivíduos indiciados ou presos em flagrante delito, que eram submetido a um tratamento de culpado.⁴⁸³ Diversas ações foram impetradas perante os Tribunais de Justiça estaduais, os quais, muitas vezes consideraram desnecessária a medida quando o

⁴⁷⁹ Ambos os preceitos que se referem a presunção de inocência e a prisão estão agrupados no mesmo inciso constitucional. Ibid., art. 5º, LXIII.

⁴⁸⁰ Ibid., art. 5º, LXVIII.

⁴⁸¹ Ibid., art. 5º, LVIII.

⁴⁸² O artigo 6º, inciso VIII do CPP preconizava: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;” BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. 03 out. 1941. **Código de processo...** Op. cit. p. 19. O estigma da identificação criminal depõe contra o indiciado ou acusado, na medida em que implica numa forma de *registro eterno* de suas impressões digitais e fotos, guardadas pela polícia, que podem ser usadas em qualquer ocasião futura.

⁴⁸³ Nesta época foram editados alguns textos que sustentavam a presunção de inocência como princípio que deveria orientar a interpretação da obrigatoriedade descrita no CPP. Cf. DOTTI, René Ariel. Identificação criminal e presunção de inocência. **Revista de direito penal**, Rio de Janeiro, v.19/20, 54-59, jul./dez. 1975.

indivíduo apresentasse documento de identificação,⁴⁸⁴ fator que conduziu este conflito até o Supremo Tribunal Federal, onde a matéria não chegou a causar polêmica, pois foi logo objeto de súmula, a qual dispôs: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”⁴⁸⁵. A dispensa da identificação criminal, elevada à garantia constitucional do direito de liberdade individual, é fruto do longo trabalho desse grupo de juristas, entre eles acadêmicos, advogados e juizes, que entendiam a medida como desnecessária e vexatória, já que impunha ao indivíduo um tratamento análogo ao de culpado.

Recentemente, para cumprir a parte final do dispositivo constitucional, editou-se uma lei⁴⁸⁶ que prevê casos expressos nos quais é admitida a identificação criminal. Tal lei estipulou como regra geral que todos os indivíduos presos em flagrante delito ou por ordem judicial, quando não apresentarem o documento de identificação civil no prazo de quarenta e oito horas, serão *obrigatoriamente* identificados criminalmente, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico. Mas, ao lado da prescrição geral, a lei firmou exceções.

Ainda que apresente o documento civil exigido, o indivíduo poderá ser submetido à identificação criminal, no caso de estar indiciado ou acusado pela prática de determinados crimes, dentre os quais o de falsificação de documento público. Contudo, este é o único caso que guarda aparente conexão com a obrigatoriedade da identificação criminal, já que os documentos apresentados pelo indivíduo *poderiam estar* sob suspeita de falsificação. Nos demais casos esta justificativa desaparece, tornando curiosa a imposição da medida, como nos casos de: homicídio doloso; crimes contra a liberdade sexual; contra o patrimônio, quando praticados mediante violência ou grave ameaça; e de receptação qualificada. Tais crimes, por mais que estejam separados em uma categoria especial, por serem considerados de maior gravidade ou de alto teor ofensivo à ordem

⁴⁸⁴ Cf. BATISTA, Nilo. Jurisprudência comentada. Identificação criminal. Dispensa. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, v. 13/14, 151-152, jan./jun. 1975.

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Código de processo...* Op. cit. Súmula nº 568. p. 517.

⁴⁸⁶ BRASIL. Lei n. 10.054. 07 dez. 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <www.in.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2001. Antes dessa lei, havia outra, também de categoria federal, que se referia superficialmente à matéria, a Lei n. 9.034/95, que em seu art. 5º prevê a possibilidade do acusado ser submetido à identificação datiloscópica, independente da civil, caso esteja envolvido com ações praticadas por organizações criminosas. SANTOS, Vitor Condorelli dos. *A identificação datiloscópica e a investigação criminal*. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/datilosc.html>. Acesso em: 18 fev. 2001.

pública, como geralmente gostam de argumentar os projetores da política criminal, não ensinam a obrigatoriedade da medida, certamente exagerada e desnecessária.

Por outro caminho, entende-se que a utilização criminosa de documento de identificação alheio tem implicado em inúmeros casos de erros judiciários, pois há indivíduos que, ao serem acusados da prática de algum delito, apresentam documentos de terceiros, que nenhum envolvimento tem com o caso, atitude que pode fazer com que estes arquem com o ônus de uma prisão injusta ou tenham seus nomes maculados pelo estigma criminal. Até provarem que não cometeram nenhum crime e que são vítimas de um engano, geralmente é tarde para reverter as nefastas conseqüências em sua vida pessoal. Por tudo isso, esta lei é bem vinda, pois pode minorar a incidência desse tipo de erro judiciário, propiciado, em parte, pela disposição constitucional. Observe-se porém, que a medida deveria ser obrigatória apenas em casos restritos, que justificassem a imposição de um ato que, indubitavelmente, destina ao indivíduo um tratamento de culpado.

Por fim, o último dispositivo constitucional que se relaciona com a presunção de inocência é a obrigatoriedade de motivação nas decisões judiciais.⁴⁸⁷ Essa é uma valiosa conquista para a efetivação dos direitos individuais supra citados, porque predispõe que o juiz deve expor os motivos de sua decisão, ou seja, deve avaliar todas as provas apresentadas em contraditório, manifestando quais delas foram preponderantes para a formação de seu convencimento pessoal. É nesta oportunidade que as partes poderão verificar se o juiz levou em consideração as razões que foram expostas no decorrer do processo e, também, como as mesmas contribuíram para o deslinde da questão. O juiz é regido pelo princípio do livre convencimento, em contrapartida, está atrelado à obrigatoriedade de fundamentar suas decisões, ocasião na qual ele deve convencer as partes e a sociedade sobre os critérios aplicados e sobre a justiça de sua decisão. Os fundamentos poderão ser examinados pelas partes e serem usados para fundarem novos argumentos, caso haja o interesse de levar a questão para o segundo grau de jurisdição.

Ocorre que nem todas as decisões judiciais são finais, com exame de mérito de todo caso, quando o juiz conclui pela culpa ou pela inocência do acusado. Há decisões tomadas no decorrer do processo e que são igualmente muito importantes para o acusado,

⁴⁸⁷ BRASIL. Constituição... Op. cit. art. 93, IX.

como aquelas que decidem pela decretação ou manutenção da prisão preventiva. Em decisões deste naipe, o juiz deve ter redobrado cuidado com a linguagem empregada e com os motivos escolhidos para motivar seu convencimento, isto porque o acusado não pode ser tratado como culpado antes do momento autorizado pela lei, que é o da decisão final de mérito. De que adianta para o indivíduo esperar a sentença final se o juiz já o considera culpado em suas decisões intermediárias, tratando-o como tal? A imposição da obrigatoriedade de motivar as sentenças é duplamente constitucional quando o juiz ordena uma prisão preventiva, já que além da previsão geral do art. 93, IX, encontra previsão especial no artigo 5º, LXI. Entretanto, exatamente nestes casos os juízes têm deixado a desejar em suas palavras. O laconismo das fundamentações, que dão como justificado o que não está, acaba por imprimir decretos de prisão que apenas citam que a decisão está ancorada em determinado preceito processual, sem se preocupar com a demonstração da necessidade e admissibilidade da prisão.

De todo o exposto, vê-se que a presunção de inocência encontra na Constituição Federal de 1988, um emaranhado de disposições que permitem sua aplicação com margem adequada de efetividade. Todo esse arsenal de direitos e garantias precisa ser manuseado com muita habilidade pelos operadores jurídicos para alcançar um mínimo de aplicabilidade, de modo a não tornar seus potenciais nulos, na equivocada crença de que não passam de um ideal utópico e, por isso, meramente programático. Para que as disposições ganhem conteúdo e se transformem em realidade, é preciso também disseminar uma cultura de direitos fundamentais, que conceda uma consciência cidadã aos brasileiros, afinada com os propósitos constitucionais, apta para desdobrar seus comandos com desenvoltura.

O desconhecimento e o desprezo pelos direitos fundamentais instaurados pela Constituição Federal, surpreendentemente, mesmo depois de mais de doze anos de promulgação, ainda reinam neste país, culpa não apenas do baixo nível de educação popular, mas da mentalidade atrasada e conservadora de grande parte dos operadores jurídicos, que em vez de assumirem uma posição política transformadora, teimam em viver no retrocesso autoritário, o que se verifica na atitude mesquinha que nega, cotidianamente, amplitude aos direitos fundamentais. Há muito discurso em prol dos direitos fundamentais, cuja defesa todos tomam como sua, todavia, poucas e vagarosas

são as ações visualizadas nos tribunais, que objetivam o alargamento do conteúdo dos mesmos. Mas, isto é assunto para o próximo tópico.

4.3. O entendimento do princípio da presunção de inocência nos tribunais superiores brasileiros depois da Constituição de 1988: a controvérsia em torno do artigo 594 do CPP

Depois de positivada na Constituição e elevada ao *status* de princípio, a presunção de inocência continua encontrando barreiras para se tornar uma garantia sólida e atuante no Processo Penal brasileiro. Agora é a resistência entre a maioria dos operadores jurídicos, que precisam se inteirar das vicissitudes históricas da presunção de inocência, do significado que dela se extrai, para então usufruir da garantia estatuída pela Constituição Federal de 1988. Dentre os operadores, o papel dos magistrados é central para que o princípio encontre real difusão e aplicabilidade, pois, em última instância, cabe aos mesmos formular a interpretação oficial e determinar qual o alcance e o significado da presunção de inocência.

Inicia-se aqui a penúltima fase desta pesquisa, a qual se destina a expor as principais tendências nos tribunais superiores pátrios acerca do conteúdo da presunção de inocência, depois a positivação do preceito pela Carta de 1988, face ao previsível embate com a legislação processual penal ordinária, de orientação autoritária, que se destinou a maximizar os instrumentos repressivos do *jus puniendi* estatal. O âmbito de aplicabilidade do princípio nas decisões dos tribunais superiores é demasiado extenso para ser retratado de forma exaustiva neste espaço, o que motivou a eleição de um ponto, que se mostrou mais discutido:^{*} a recepção do artigo 594 do CPP pela atual Carta, debate que tem como pano de fundo a prisão antes da sentença final condenatória, em confronto com o princípio da presunção de inocência. Portanto, o exame das decisões judiciais que segue se restringe a este aspecto, mesmo porque este é, sem dúvida, o que mais dividiu opiniões e criou partidarismos nos tribunais e também entre os doutrinadores.

^{*} Mesmo porque, em pesquisa feita através da Internet nos bancos de dados do STF e do STJ, a incidência esmagadora do princípio da presunção de inocência nas decisões judiciais destas Cortes, é com relação à obrigatoriedade da prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível. Infelizmente, não há acórdãos versando sobre outros temas, em número suficiente para sedimentar outras interpretações sobre a presunção de inocência.

Para sistematizar a compreensão do movimento jurisprudencial, primeiramente efetuar-se-á alguns apontamentos teóricos sobre a prisão antes da sentença final condenatória, em cotejo com o ensinamento proveniente do princípio da presunção de inocência. Em uma segunda etapa, realizar-se-á, de forma abreviada, um pequeno apanhado das disposições do CPP acerca deste tipo de prisão, com relevo para a modalidade de prisão estabelecida pelo artigo 594 do CPP. Em seguida, revelar-se-á o entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores sobre a temática, que se dividiu em duas correntes jurisprudenciais, a par de um terceiro entendimento, esposado por um segmento doutrinário. Por fim, estabelecer-se-á as modificações sustentadas sobre o assunto pela Comissão de Reforma do CPP.

4.3.1. O princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar

Indiscutivelmente, o reflexo mais marcante do princípio da presunção de inocência é sentido na disciplina prisional, já que, como foi firmado anteriormente, este princípio atua como uma garantia constitucional do direito de liberdade individual, dentre as quais a física é a que recebe maior enfoque. Nesta matéria o combate entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* ganha contornos muito mais agressivos, porque em nível teórico de organização constitucional e de direitos fundamentais a presunção de inocência surge como balizador do direito de liberdade física individual e, por outro lado, em questões práticas, a urgência em se limitar a liberdade física dos acusados, mostra a real faceta deste embate, quando o direito de punir surge com avançada vantagem frente aos dispositivos de proteção dos direitos individuais, com flagrante desprezo pelo conteúdo do princípio da presunção de inocência.

Mas, por hora, deixa-se de lado estas ilações, para empreender a tarefa de especificar o tipo de prisão admitida pelo princípio da presunção de inocência no decorrer do processo criminal. O texto do inciso LVII, do artigo 5º Constituição Federal de 1988, é claro em cimentar o princípio como **regra geral de tratamento do acusado**, enquanto não sobrevier uma sentença condenatória irrecorrível, ou seja, enquanto esta não afirmar definitivamente a culpa e lhe determinar a respectiva pena, o acusado tem que ser tratado como inocente, o que, naturalmente, inclui a manutenção do seu estado de liberdade física. Esta é a principal consequência da positivação da presunção de inocência em sede constitucional: **estabelecer como regra durante o processo penal a preservação da liberdade física do acusado**. Ou seja, a regra é que o acusado deve

responder em liberdade ao processo, destinando a prisão apenas para os casos excepcionais, de acordo com a necessidade apresentada.

Isto porque a prisão, além de representar uma restrição ao direito de liberdade física, consiste em um sério constrangimento para o indivíduo, já que usualmente é a pena imposta para os condenados por crimes de maior gravidade.⁴⁸⁸ Assim, a prisão imprime o estigma de culpado para o indivíduo que ainda está sendo processado, numa clara afronta à presunção de inocência, motivo pelo qual sua aplicação antes da sentença final condenatória deve se reduzir apenas para as circunstâncias necessárias, excepcionais e, amplamente justificadas. A presunção de inocência não obsta que o indivíduo seja preso antes da sentença final, mas implica em determinar que tais prisões obedeçam a disciplina de ser uma medida cautelar, revestida do caráter de excepcionalidade. Cumpre agora examinar quais as características destas medidas.

As medidas cautelares formam um grande gênero dentro do direito processual e se revestem de caracteres comuns, os quais determinam seu modo de atuação no decorrer de um processo. Além da excepcionalidade, todas elas guardam como traço comum a reunião de mais duas características, perfazendo o total de três, as quais atuam como limites legais para sua atuação: provisoriedade e proporcionalidade.⁴⁸⁹ A designação de ‘cautelar’ já remonta à medida que é tomada com cuidado, cautela, atenção redobrada, ou seja, que não é comum e sim, de excepcional aplicação, cabível somente em casos de justificada necessidade. Face o primado da presunção de inocência todas as ações restritivas de direitos individuais devem obedecer o império da excepcionalidade, fixando-se como exceção à regra geral de manutenção de todos os direitos que pertencem ao inocente, como bem preleciona Souto de Moura: “Ora, a presunção de inocência parece ter sido o **expediente prático** que permitiu configurar o tratamento processual do arguido em termos de manutenção do maior número de direitos possível. Em termos tais, que a negação dos direitos que o próprio funcionamento do ‘jus puniendi’ exija, será

⁴⁸⁸ A Constituição Federal de 1988 estipula em seu inciso XLVI, do citado artigo 5º: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.” Apesar do inciso não se referir a prisão como a pena mais grave, sem dúvida, ela é a que mais gravosidade impõe ao indivíduo, que estará privado de seu direito de liberdade física. Ibid. art. 5º, XLVI.

⁴⁸⁹ Cf. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Disponível em <www.ambitojuridico.com>. Acesso em: 14 set. 1999. p. 02.

encarada como verdadeiramente **excepcional**.⁴⁹⁰ A prisão é uma dessas medidas restritivas de direitos, sem dúvida a mais séria entre todas, configurando-se como dura imposição, ainda mais no Brasil, onde os estabelecimentos prisionais são destituídos das mínimas condições para que o indivíduo seja tratado com dignidade, o que torna o fato de esta preso não somente uma pena ou prevenção cautelar, mas uma verdadeira tortura. Afora esta atrocidade, isto é um motivo a mais para destinar a prisão somente para casos extremos, onde não há outra alternativa possível.

O critério da provisoriedade designa que a medida cautelar é instrumental e que como tal, serve para alcançar determinado objetivo no decorrer do processo criminal, do qual é dependente, podendo ser conferida ou retirada a qualquer momento, de acordo com a sorte dos motivos que a ensejaram. Mesmo assim, para que uma providência cautelar atenda ao requisito da provisoriedade ela deve ter termo máximo para duração, sem o qual pode perder este caráter, tornando-se duradoura demais, firmando-se como inescusável execução antecipada da pena, inadmissível face a presunção de inocência.⁴⁹¹ Geralmente, a legislação ordinária fixa um prazo máximo, o qual nem sempre é respeitado, ainda mais quando o acusado não possui uma defesa ativa, todavia, o juiz deve decidir sobre sua manutenção através de sua discricionariedade, de acordo com a persistência ou não dos motivos que a ensejaram e da necessidade da medida.

O último caracter que se verifica nas cautelares é o da proporcionalidade, o qual oferece regras para que o magistrado se oriente no momento de julgar a adoção da medida excepcional e provisória. A proporcionalidade atua no momento em que o juiz vai sopesar todas as razões e provas que recomendam a aplicação da medida cautelar, em confronto com aquelas que argumentam de suas conseqüências, como as que se referem ao dano causado pela restrição do direito em questão. Para que esta restrição seja aplicada com justiça, deve ser motivada em razões proporcionais à seriedade de suas conseqüências, que expliquem o dano cometido contra a esfera de direitos e garantias individuais, que foi inevitavelmente invadida pelo *jus puniendi*, antes da sentença final condenatória. É através da proporcionalidade que o juiz vai aferir a necessidade de aplicação da medida cautelar.

⁴⁹⁰ MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do ministério público**, Lisboa, n.32, p.31-47, 1990.

⁴⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Op. cit. p. 10.

Em termos práticos, a proporcionalidade consiste no ajuste de três requisitos:⁴⁹² adequação, ou seja, a medida escolhida deve ser adequada para responder a demanda que é apresentada; sacrifício proporcional, no qual o dano contra o indivíduo é proporcional ao benefício revertido para a ordem social ou para o deslinde do processo; e, finalmente, a motivação da resolução, que deve ser esclarecedora sobre toda a operação lógica efetuada pelo magistrado, mostrando com profundidade as razões e provas consideradas e a superioridade dos motivos que o convenceram sobre a necessidade da restrição do direito individual. Note-se que sem esta farta explicação sobre os motivos preponderantes, implicadores da cautelar, além de não haver subsídios para que se verifique a justiça da decisão, não há meios para a defesa do indivíduo atuar, pois reinará o desconhecimento acerca das razões a serem combatidas. Uma fundamentação se torna deficiente a partir do momento que apenas assevera que foi tomada de acordo com o dispositivo legal, sem dizer o porquê da incidência desses requisitos no caso em concreto.

Aliás, a análise detalhada das circunstâncias do caso concreto é de suma importância para que os **requisitos legais** que antecedem a concessão da medida cautelar sejam reconhecidos e expostos na motivação. Nesse setor, há uma salutar distinção entre as medidas coercitivas do processo civil e do processo penal, as quais devem ser discernidas para que os conceitos não sejam mal empregados. Muitos identificam os requisitos das providências cautelares civis, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, como igualmente válidos para as medidas aplicadas no processo penal, sem no entanto perceber que neste campo não é apropriado tal comunhão de requisitos. Isto porque o processo civil exerce a tutela sobre bens diversos dos que estão em jogo no processo penal, pano de fundo que predispõe uma séria alteração de valores na matéria dos requisitos exigidos para as medidas excepcionais.

No processo civil a disputa versa sobre questões patrimoniais, diferente do que ocorre no penal, onde a liberdade individual pode ser cerceada, na busca em se determinar a existência do delito e a punição do seu autor. Dessa maneira, onde há fortes indícios de autoria e provas acerca da materialidade de um crime, não pode existir algo que se denomina como “fumaça do bom direito”, afinal, onde está o bom direito? É fumaça do bom direito quando há indícios de um crime? Um crime não é a violação da

⁴⁹² Ibid., p. 12.

norma penal? No campo penal no máximo pode existir a “fumaça de um delito”,⁴⁹³ onde este é definido como uma conduta típica, ilícita e culpável. Logo, é impróprio afirmar que um dos requisitos para a determinação da prisão preventiva, por exemplo, é a existência de “fumaça do bom direito,” pois o que se exige são provas de materialidade e fortes indícios sobre a autoria, elementos mínimos para que haja a probabilidade de verificação de um crime. O direito na seara penal nasce apenas com a sentença final condenatória, quando lastreado em provas idôneas sobre a existência de um crime, acompanhado da autoria certa. O juiz declara o acusado culpado e impõe-lhe uma pena, ocasião em que, segundo a construção doutrinária vigente, nasce o direito de punir do Estado.

De igual forma, o outro requisito formulado no processo civil e que ladeia o *fumus boni iuris*, é o *periculum in mora*, que se refere ao dano que será causado a uma das partes pela demora do julgamento final de mérito, quando a decisão corre o risco de ser inócua, devido a fato de não alcançar mais a tutela almejada pelo processo. Novamente observa-se que no processo penal a expressão merece reparos,⁴⁹⁴ pois não é o perigo na demora em si que pode fundar a aplicação de uma medida coercitiva, mas outros fatores, como os seguintes: perigo de fuga, perturbação ao normal desenvolvimento do processo e provocação de desordem social ou econômica.⁴⁹⁵ Veja-se com mais detalhes cada um destes itens.

Para que o perigo de fuga motive a aplicação de cautelaridade, ele precisa estar calcado em provas certas, como quando o indivíduo está se desfazendo de seus bens, preparando documentos para viagem ou outros, e não em meras presunções ou desconfiâncias, que claramente afrontam a presunção de inocência. Há casos em que a norma processual penal induz a crença de que o simples fato do acusado ter maus antecedentes e não ser primário são indicativos de sua periculosidade, com incidência da presunção do perigo de fuga, a qual é absurda e destituída de chancela constitucional.

⁴⁹³ Ibid., p. 03. O autor denomina a transposição do civilístico *fumus boni iuris* para o processo penal como *fumus delicti*, que significa fumaça de delito.

⁴⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v.2, n.7, p. 73-90, jul./set., 1994. p. 80. O autor afirma que no Processo Penal esta expressão é melhor conhecida por *periculum libertatis*.

⁴⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Op. cit. p. 03.

Já a perturbação ao normal desenvolvimento do processo ocorre quando o indivíduo, por exemplo, ameaça uma testemunha ou a própria vítima, com o claro intuito de intimidá-las, oculta ou destrói provas materiais, tenta corromper peritos, enfim, quando de qualquer forma impede ou dificulta a coleta da prova. Neste caso, a liberdade do acusado se constitui como um empecilho para a administração da justiça, que terá dificuldades ainda maiores para dar andamento ao processo. Sendo assim, ciente de tais situações, resta ao magistrado determinar o cumprimento de alguma medida cautelar pelo acusado, como por exemplo, a prisão preventiva.

A provocação da ordem pública ocorre quando: "... o agente está praticando novas infrações penais, fazendo apologia de crime, incitando à prática de crime, reunindo-se em quadrilha ou bando, etc.",⁴⁹⁶ circunstâncias em que a atitude do indivíduo apresenta riscos para a paz social, valor sustentado pelos doutrinadores como tutela primeira da norma penal. Também nestes casos haverá necessidade de aplicação da uma providência de natureza cautelar, com o escopo de manter a ordem pública, turbada pelas ações do acusado.

De modo geral, são estes os critérios e requisitos que revestem de cautelaridade uma medida judicial, permitindo, teoricamente, que a mesma seja imposta ao indivíduo antes da sentença condenatória irrecorrível, limitando ou cerceando seu rol de direitos individuais, com mínima observância à presunção de inocência. A determinação de uma medida cautelar destituída de algum desses tópicos ou com adoção parcial de seu conteúdo, faz com que o cerceamento dos direitos individuais que ela prevê afronte a garantia da presunção de inocência, em graus diferenciados. Portanto, o tipo de prisão admitida antes da sentença irrecorrível é a que atende aos critérios e requisitos de cautelaridade, que diferem dos objetivos pretendidos através da prisão como pena.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando. Op. cit. p. 76. O autor também afirma que o alarde social provocado pela imprensa em torno de um delito e do provável autor, não pode servir de motivo para a prisão deste, sob argumento de estar perturbando a ordem social. Ora, quem está efetuando o alarme social em volta do crime é a imprensa e não o indiciado.

⁴⁹⁷ Lembre-se de que, como foi explicitado no tópico 1.3.4., a pena pode ter diversos objetivos declarados, como o de retribuição, prevenção geral e prevenção especial. Importa perceber que no Brasil a Reforma do Código Penal de 1984 se orientou em pretender da pena a finalidade de "reprovação e prevenção do crime," segundo a redação do artigo 59, *caput*, parte final do Código Penal. Também a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), em seu artigo primeiro estabelece a finalidade de prevenção especial para a pena. O propósito declarado da pena, segundo os idealizadores do sistema punitivo brasileiro, é o de retribuir o mal cometido pelo delinqüente, mas, ao mesmo tempo, aplicar uma pena humanizada, revestida pelos direitos humanos, propósitos que pela pena atual de completa falência

4.3.2. O artigo 594 do CPP: prisão cautelar ou prisão punitiva?

Pretende-se neste espaço esclarecer acerca da prisão cautelar permitida pela Constituição Federal de 1988 e algumas circunstâncias em que a prisão é disciplinada pelo CPP,* para então, em sede comparativa, descrever o conteúdo literal do artigo 594 do CPP e de seu aliado, o artigo 393, I do mesmo diploma legal, sobre os quais pesam argumentos de agirem interligados para fins interpretativos, em confronto aberto com o princípio da presunção de inocência. Este tópico pretende antecipar através da consulta à legislação, o entrave que é alimentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, como dispõe o inciso LXI do artigo 5º, visto anteriormente, há a previsão expressa de dois tipos de prisão: a realizada em flagrante delito, que dispensa anterior mandado judicial, mas que deve ser confirmada ou relaxada logo em seguida pelo juiz competente, e as prisões fundamentadas por ordem judicial anterior ao cerceamento da liberdade física. Por meio deste expediente, o legislador constitucional autorizou a prisão do indivíduo antes da sentença final condenatória, desde que fundamentada. Por outro lado, o inciso LXVI do artigo supra citado, estipula que a prisão não será admitida quando a lei admitir a liberdade provisória, independente de fiança. Sendo assim, examinar-se-á sucintamente o conteúdo da lei ordinária sobre a disciplina prisional, sem a pretensão de abordar a matéria exaustivamente, mas apenas em alguns pontos selecionados, ou seja, o estudo restringir-se-á a alguns tipos de prisões ditas cautelares, deixando de lado outras tantas modalidades prisionais antes da sentença final condenatória.

Além do flagrante delito, há duas modalidades expressas de prisão cautelar: a preventiva e a temporária. A prisão preventiva esta baseada nas razões e requisitos que estão enumeradas no artigo 312 do CPP, o qual afirma que: “A prisão preventiva poderá

física e moral das penitenciárias brasileiras, não passa de mero discurso de legitimidade do sistema penal. AZEVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil. Uma ilusão...* que sobrevive. Florianópolis: OAB-SC, 1999. p. 67/68.

* Diz-se “alguns circunstâncias” porque o CPP enumera diversas modalidades de prisão antes da sentença final condenatória, como a prisão decorrente de pronúncia, a prisão por crime que não cabe fiança, a prisão exigida para interpor o recurso extraordinário, que é insuscetível de efeito suspensivo, entre outros, as quais, indubitavelmente, poderiam ser objeto de estudo em cotejo com os requisitos de cautelaridade e com o princípio da presunção de inocência. Porém, como esta pesquisa se orienta pela matéria ventilada nas decisões judiciais dos tribunais superiores, o exame privilegiará o artigo 594 e o 393, citando outros tipos de prisão apenas a título comparativo do critério de cautelaridade.

ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”⁴⁹⁸ É facilmente perceptível nestas linhas a prescrição legal dos requisitos do *fumus delicti* na parte final do artigo e do *periculum libertatis*, nos três primeiros requisitos. A prisão preventiva tem caráter de excepcionalidade porque atua em determinados casos, desde que os mesmos se adequem as suas exigências. Além destes, o artigo 313 impõe o cumprimento de outras condições adicionais para a decretação da preventiva, como ser cabível apenas para crimes dolosos punidos em tese com pena de reclusão, ou ainda: “II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou havendo dúvidas sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III- se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no (artigo 64, I) do Código Penal.”⁴⁹⁹

As características de provisoriedade e de proporcionalidade estão referidas nos subseqüentes artigos 316 e 315 do CPP, respectivamente. Observa-se que a prisão preventiva pode ser decretada pelo magistrado em qualquer fase do inquérito ou do processo, desde que antes do encerramento da instrução criminal. A reunião destes elementos recomenda que, em tese, a prisão preventiva se encaixe como modalidade de prisão cautelar e, desde que sejam rigorosamente observadas na prática todas as prescrições legais, poderá ser aplicada antes da sentença final condenatória sem afrontar a presunção de inocência. Qualquer outro tipo de prisão, que se fundamente em razões distantes da cautelaridade, certamente se configurará como uma execução provisória da pena, ou pior, como pré julgamento do mérito acerca da culpa ou da inocência do indivíduo, que predispõe pena e prisão.

Outra modalidade de prisão antes da sentença final prevista pela lei ordinária é a prisão temporária, estabelecida pela Lei 7.960, de 21 de outubro de 1989, que difere da

⁴⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. 03 out. 1941. Código de processo... Op. cit. p. 57/58.

⁴⁹⁹ Ibid., artigo 313, p. 58. Resta apenas descobrir quais os critérios para a caracterização de réu vadio. Feita esta proeza, cumpre definir outra ainda maior, saber porque a vadiagem é motivo para a prisão preventiva, o que induz a desconfiança de que a vadiagem é considerada pelo legislador como presunção de fuga. Neste setor fica claro o tamanho do preconceito e do desconhecimento acerca do que seja um critério de cautelaridade, suficiente para encabeçar uma condição de prisão preventiva. Disposições infelizes como estas, ainda permanecem intactas na legislação processual penal. Também na questão da falta de identificação do indivíduo, o cabimento da prisão é medida absurda, face os instrumentos legais que

anterior porque possui menos exigências legais para sua aplicação. A característica principal da temporária é que, como seu próprio nome sugere, ela tem prazo de 05 (cinco) dias para ser cumprida, prazo que pode ser prorrogado por igual período, desde que comprovada sua imperiosa necessidade. O período é de 30 (trinta) dias para o caso de crimes hediondos,⁵⁰⁰ prorrogável por mais trinta, findo este tempo ou o indivíduo é posto em liberdade ou a temporária pode ser revertida em preventiva, desde que presente os requisitos exigidos. A temporária é cabível nos seguintes casos, de acordo com o artigo 1º da respectiva lei: I - quando de indiscutível necessidade para possibilitar a investigação policial; II - quando o indivíduo não possui identificação certa ou residência fixa; ou, finalmente, III - quando houver fundadas razões, de acordo com as provas, da autoria ou da participação do indivíduo em uma série de crimes enumerados pela citada lei.

Pela literalidade do artigo, a temporária seria cabível nas circunstâncias descritas por qualquer um desses três incisos, mesmo que isoladamente, ou seja, sem a necessidade da acusação estar circunscrita às hipóteses dos crimes graves, elencados no último inciso. Todavia, esta interpretação tem sido contestada, com âncora nas razões manifestas na exposição de motivos da Lei 7.960, que restringe a temporária apenas para aquele rol de delitos previstos no inciso terceiro. Dessa maneira, boa parte da doutrina vem entendendo que somente nestes casos há viabilidade para o pedido de prisão.

Mas, onde estão os requisitos de cautelaridade da temporária? O *fumus delicti* está concentrado na necessidade da prisão ser cabível apenas quando houver *fundadas razões* de que o indivíduo é autor ou partícipe do delito, o que traduz a necessidade de provas claras e não apenas desconfiças. Já o *periculum libertatis* está na incidência dos dois primeiros incisos do mesmo artigo primeiro, os quais se fundam em outras razões, que não a culpa do indivíduo, para autorizar a prisão. Na verdade, a temporária nada mais é do que a regularização da antiga “prisão para averiguação”, agora com nome especial e limites definidos de acordo com o que dispõe a Constituição de 1988.

possibilitam a identificação datiloscópica e fotográfica, comentados anteriormente. Indubitavelmente, este inciso destoa completamente do que poderia ser aceitável como “cautelaridade”.

⁵⁰⁰ Veja a relação de crimes hediondos de acordo com: BRASIL. Lei n. 8072. 25 jul. 1990. Dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Código de processo...* Op. cit. p. 409/410.

A descrição desses dois tipos de prisões admitidas pela lei ordinária, foi feita com o fito único de demonstrar como os requisitos de cautelaridade, fincados pela doutrina processualística, podem ser verificados nas normas prisionais. De posse destas informações é possível efetuar uma comparação com o estudo que segue, que trata sobre o tipo de prisão proclamada pelo artigo 594 do CPP, frente a questão desta prisão ser ou não uma modalidade de prisão cautelar, o que admitiria sua aplicação antes da sentença final. Veja-se o que ordena o artigo 594, que está contido no capítulo III do CPP, que se intitula “da apelação”: “ O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto.”⁵⁰¹

A primeira vista, este artigo, em tese, estipula a prisão do acusado como condição *sine qua non* para que o recurso de apelação, interposto por ele mesmo, seja aceito pelo tribunal *ad quem*. Hipoteticamente, o artigo 594 prevê a seguinte situação: o acusado é condenado em primeira instância e, inconformado com a sentença, deseja apelar para a segunda instância, de acordo com o que lhe assegura a lei, como garantia do duplo grau de jurisdição.⁵⁰² Todavia, para que a instância superior acate o seu pedido de revisão do mérito da sentença, o acusado terá que se submeter à exigência de se recolher à prisão. Como toda regra geral, esta também admite exceções, elencadas no mesmo artigo. A primeira admite que ele permaneça em liberdade, se o crime pelo qual foi condenado admitir a prestação de fiança, ou seja, desde que o acusado tenha o direito à fiança e comprove que depositou o valor devido, poderá apelar em liberdade. A segunda possibilidade de apelar em liberdade, na estreiteza das palavras do artigo 594 do CPP, ocorre quando o juiz reconhece que o réu é primário e de bons antecedentes na própria sentença condenatória, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade. São duas condições que devem ocorrer cumulativamente: a primariedade e os bons antecedentes. A terceira possibilidade do indivíduo condenado apelar em liberdade, acontece quando o crime em questão no processo não prevê pena de prisão, ou mesmo, quando a pena

⁵⁰¹ Ibid., artigo 594, p. 99.

⁵⁰² O princípio do duplo grau de jurisdição está previsto na atual Carta, cercado de algumas limitações acerca do seu cabimento, como é o caso do artigo 102, II que estipula as matérias que serão conhecidas em recurso ordinário e o inciso III, os casos de recurso extraordinário. Sem dúvida, este princípio está contido entre as garantias encerradas sob a epígrafe do devido processo legal. NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 37-39. O garantia do duplo grau de jurisdição também é prevista em documentos internacionais, como o PIDCP.

imposta para o acusado na sentença pode ser cumprida com liberdade física, como no caso de regime aberto.

Há outros dois artigos que, pelo seu conteúdo, se interligam diretamente com o requisito da prisão para apelar: o 393, I e o 669, I, ambos do mesmo diploma legal.⁵⁰³ O artigo 393 assevera que: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;”⁵⁰⁴ Bem se vê que este artigo guarda sintonia com o citado artigo 594,⁵⁰⁵ porque ambos argumentam sobre a necessidade da prisão depois da sentença condenatória, mesmo que recorrível, excluída apenas na circunstância do acusado ter prestado fiança, quando cabível. A novidade que este artigo apresenta e que deve ser sublinhado neste espaço, reside na confissão expressa no imperativo do caput: *são efeitos da sentença condenatória recorrível*. Ora, se a sentença condenatória recorrível tem como efeito a prisão do acusado, fica claro que esta prisão nada mais é do que **execução provisória da pena**, pois tem como lastro, indiscutivelmente, o título de condenação gerado pela sentença de mérito, ainda que este esteja submetido à revisão.

Em continuidade, prescreve o artigo 669 do CPP: “Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança.”⁵⁰⁶ Este artigo afirma que a sentença penal será executada somente quando o trânsito em julgado lhe conceder o caráter de definitividade ou irreversibilidade, condição que autoriza o cumprimento da pena imposta. Mas, admite como exceção, a sentença condenatória que prescreve a pena de prisão para o acusado, que deverá ser cumprida mesmo sem ter passado em julgado, concluindo-se novamente que, segundo a concepção abrigada pelo código, a sentença recorrível está sujeita a execução provisória, quando a pena prescrita é a de prisão. A fiança aparece novamente como fio condutor que interliga os três artigos em tela: o 594, o 393, I e o 669, I do CPP, possibilitando que o indivíduo continue em liberdade, mesmo quando condenado em sentença não definitiva à pena de prisão, desde que cabível e prestada em tempo hábil.

⁵⁰³ Cf. TOURINHO FILHO, Fernando. Da prisão e da liberdade provisória...Op. cit. p. 79.

⁵⁰⁴ BRASIL. Código de processo... Op. cit. artigo 393, I, p. 67.

⁵⁰⁵ Tal sintonia é percebida mesmo frente ao fato de que o artigo 594 do CPP teve sua redação cunhada em 1973, por ordem da Lei nº 5.941, de 22 de novembro daquele ano. Ou seja, o artigo 594 não foi redigido juntamente com os outros dois, que foram escritos por ocasião da elaboração do CPP. Ibid., p. 99.

Ocorre que a Lei de Execuções Penais, posterior a elaboração do CPP, proíbe a execução provisória da sentença, nestas palavras: “Transitando em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”⁵⁰⁷ A pena de prisão apenas poderá ser cumprida depois de transitada em julgado a sentença condenatória, ocasião em que será expedida a guia de recolhimento do réu, o que, automaticamente, revoga as disposições textuais do CPP em contrário. Contudo, esta revogação nunca foi reconhecida, permanecendo conflitantes os citados artigos do CPP que, aparentemente, referem-se a execução provisória da pena, impondo a prisão para o acusado condenado em primeiro grau de jurisdição. Dessa forma, esta prisão por sentença condenatória recorrível, está apoiada em três argumentos legais: como requisito para apelar (artigo 594 do CPP); como efeito da sentença condenatória recorrível (artigo 393, I do CPP); e como execução antecipada da sentença (artigo 669, I do CPP).

Não há desarmonia na codificação processual penal e sim, uma incrível concordância de propósitos entre as suas prescrições legais: o réu condenado a pena de prisão deve ser preso assim que o decreto condenatório for prolatado, mesmo que ainda sujeito a recurso. A Lei de Execuções Penais deveria ter modificado tamanha permissibilidade do CPP, quanto a execução provisória da pena. Se ela não o fez, a própria Constituição Federal de 1988 deveria ter corrigido tal imperfeição técnica, não recepcionado todas as disposições ordinárias a respeito deste tipo de prisão, que contraria o direito de liberdade física e o princípio da presunção de inocência, já que esta proíbe que o indivíduo seja tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, a saída doutrinária para a manutenção destes artigos foi considerar esta prisão como cautelar, ilação percebida por Tourinho Filho, quando começa a se referir aos requisitos para a prisão cautelar:

...toda a prisão de natureza processual que antecede a uma sentença condenatória definitiva, tem esse mesmo *nomem juris*. Não se deve olvidar que a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível, nos termos dos arts. 393, I c.c. e o art. 594 todos do CPP, sempre foi considerada pela própria lei (art.669, I do CPP), como *provisória execução da pena*. Mas como o art. 105 da Lei de Execuções Penais, em vigor desde 1984, aboliu a denominada provisória execução da pena, ao invés de se abolir tal

⁵⁰⁶ Ibid., artigo 669, p. 109.

⁵⁰⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 13 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Código de Processo Penal**. Op. cit. artigo 105. p. 261.

modalidade de prisão, doutrina e Jurisprudência, mesmo ausente qualquer disposição legal, passaram a enxergar naquela modalidade de segregação, providência cautelar...⁵⁰⁸

Foi exatamente o que ocorreu com a interpretação do artigo 594 depois de 1988, já que o Supremo Tribunal Federal, casa competente para julgar questões que envolvem a validade de lei ordinária federal em confronto com a Constituição, sempre considerou o artigo como válido e vigente, possuindo existência e força vinculante. Desde a promulgação da presente Constituição, o artigo 594 do CPP permaneceu intacto graças ao esforço contínuo de vários operadores jurídicos, que se imbuíram do propósito de justificar sua manutenção, mesmo diante do princípio da presunção de inocência, como conhecido neste instante.

4.3.3. O artigo 594 do CPP na visão dos tribunais superiores

No item anterior foi possível visualizar, apenas pela perspectiva legal, o vulto da questão enfrentada pelos tribunais superiores quanto a exigência da prisão para apelar, propugnada pelo artigo 594 do CPP, e a positivação do princípio da presunção de inocência em 1988, o qual, enquanto garantia constitucional, impede que o indivíduo seja tratado como culpado antes da sentença final condenatória. Antes de mais nada, percebe-se que apenas o fato de estar preso, independente da razão, significa receber um tratamento análogo ao de culpado, circunstância que se robustece quando a citada prisão está alicerçada em uma sentença de mérito condenatória, ainda sujeita a reformas. De modo contrário se firma a prisão cautelar e por isso pode ser harmonizada com o princípio da presunção de inocência, exatamente porque não está apoiada em um decreto meritório e sim em causas externas ao processo, que de alguma forma afetam o normal andamento deste ou a própria ordem social ou econômica, objetivo de proteção da ordem punitiva, ao menos de forma declarada. O confronto que será agora exposto reflete a interminável batalha entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* que sempre vem a tona, contrariando cabalmente o ilusório discurso de equilíbrio entre estas forças, eternamente desajustadas, onde o mais forte sempre prevalece.

A farta jurisprudência produzida no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do artigo 594 do CPP e a garantia constitucional da presunção de inocência, depois de 1988, segundo detalhado exame,

⁵⁰⁸ TOURINHO FILHO. Da prisão e da liberdade provisória....Op. cit. p.79.

dividiu-se em dois entendimentos diferenciados, que se revelaram em momentos distintos.⁵⁰⁹ A primeira interpretação afirma que o citado artigo foi recepcionado pela Constituição, argumentando que a presunção de inocência nada tem a ver com a exigência da prisão para apelar. Por outro lado, a segunda interpretação não se afastou muito da primeira, pois também assevera a recepção constitucional do artigo 594 do CPP, mas submete a prisão para apelar a outros requisitos subsidiários. Uma terceira posição foi firmada no sentido de não reconhecer a recepção do artigo 594 do CPP pela Constituição Federal de 1988, porém, esta tendência se concentrou apenas na doutrina, sem respaldo jurisprudencial, motivo que enseja sua abordagem em tópico separado, já que o presente se destinará apenas para o enfoque dado pelos tribunais, enquanto interpretação oficial, que produz efeito prático nos processos judiciais. Passa-se neste instante para a descrição dos argumentos de cada tendência, com o estudo localizado dos acórdãos que lhe deram vida.

4.3.3.1. Primeiro momento: o artigo 594 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma verdadeira avalanche de recursos em matéria processual penal, oriundos daqueles que pretendiam reverter o extenso rol de direitos e garantias individuais, recém inaugurados, em benefícios reais. As garantias dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência eram as que apresentavam as maiores promessas. Sem saber ao certo qual o impacto que a positivação de tais garantias iria provocar na prática processualística vigente, e também, no mais das vezes, sem possuir o conhecimento adequado sobre o real significado das mesmas, muitos advogados levaram suas causas a julgamento pelas cortes maiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁵¹⁰ a fim de retirar daquelas garantias benefícios para seus clientes.

⁵⁰⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**: conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 37 et. seq. Este autor, em acurado exame da matéria, dispõe duas correntes jurisprudenciais ao lado de uma terceira, sustentado por um grupo de juristas. As três correntes são nomeadas pelo autor da seguinte forma: preservacionista, preservacionista-garantidora e não preservacionista.

⁵¹⁰ A Constituição Federal de 1988 alterou a estrutura do Poder Judiciário pátrio, criando o Superior Tribunal de Justiça no lugar do Tribunal Federal de Recursos, extinto para conceder competência privativa àquele, enumerada no artigo 105 da mesma Constituição. BRASIL. **Constituição...** Op. cit. p. 48/49.

A disposição processual que causou maior inquietude nos tribunais, emergia do artigo 594 do CPP, sob a alegação de não ter sido recepcionado pela Carta Maior, face a sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, de acordo com o confronto que, em tese, foi apresentado no item precedente. A matéria causou calorosos debates nos tribunais estaduais e freqüentes decisões no STJ, a ponto deste tribunal optar por sumular a questão, conforme o disposto na Súmula 9: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”⁵¹¹ Sem dúvida, a atitude de firmar o entendimento em uma súmula teve como objetivo uniformizar as decisões naquele sentido e fechar o espaço para a propagação de recursos versando sobre o mesmo tema, o que naturalmente causa extrema instabilidade na ordem vigente, abalando a pretendida segurança jurídica, baluarte do Estado de Direito.

O conteúdo da súmula adianta a primeira interpretação oficial sobre o confronto entre o artigo 594 e o princípio da presunção de inocência, ajustando que o citado artigo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que não há nenhuma contradição entre ambos. O conteúdo da súmula denomina a prisão do artigo 594 como “prisão provisória”, termo aparentemente novo, que não se identifica com a prisão preventiva, nem com a temporária e muito menos com o entendimento doutrinário fundado no CPP, que caracterizava aquela prisão como uma execução provisória da sentença ou como efeito da sentença condenatória recorrível e, por isso, requisito processual para que o acusado apelasse.⁵¹² O termo “provisória” parece querer dotar este tipo de prisão de cautelaridade, fazendo crer que a mesma não é uma prisão com fulcro em decisão sobre a

⁵¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 09**. 12 set. 1990. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 06 mar. 2001.

⁵¹² Cf. SILVA JARDIM, Afrânio. A prisão em decorrência da sentença penal, condenatória recorrível. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 40, p. 82-97, out./dez., 1987. Em escrito anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, este autor refuta toda e qualquer consideração acerca da cautelaridade da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível, demonstrando que a mesma “... é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação” (p. 84). Assevera que a prisão prescrita no artigo 594 do CPP não tem nenhum traço de instrumentalidade “... vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita a condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado, (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o.” (p. 84). Por fim, o autor afirma que esta prisão não é marcada pela provisoriedade, já que a sentença de mérito é definitiva em sentido processual, face a não estar subordinada a decisão de outro processo, apesar de poder ser reformada. Mesmo assumindo toda esta construção doutrinária, este autor não acredita na revogação do artigo 594 do CPP pela Constituição de 1988, pois assevera que o princípio da presunção de inocência influencia apenas no ônus da prova, não interferindo na disciplina prisional, muito menos na

culpa do agente e, por isso está de acordo com a presunção de inocência. Resta agora tentar entender como se operou esta transformação na argumentação dos eminentes Ministros, ou melhor, compreender como foi construída uma nova base de sustentação para manter intacta a exigência processual da prisão do indivíduo para apelar, mesmo frente a presunção de inocência.

A primeira etapa desta construção está espelhada no conteúdo da Súmula 9, a qual exteriorizava o entendimento repetido exaustivamente nos primeiros acórdãos do STJ, como se pode observar com mais detalhes nas ementas destes acórdãos:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO EM LUGAR DO RECURSO. CONHECIMENTO. APELAÇÃO CRIMINAL EM LIBERDADE. CASO QUE NÃO SE ADMITE.

1 – O Tribunal tem conhecido do habeas corpus originário em substituição ao recurso de habeas corpus.

2 – Não há incompatibilidade entre os princípios consagrados no art. 5º, incisos LVII e LXVI, da Constituição e a disposição do art. 594, do CPP.

3 – A Constituição permite seja o réu levado à prisão ou nela mantido, quando a lei não admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Habeas Corpus indeferido.⁵¹³

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.

I) A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 393, I), tanto quanto a prisão do condenado para poder apelar (CPP, art. 594), é de natureza processual, compatibilizando-se, por isso, com o princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória.⁵¹⁴

As ementas destes acórdãos, como se pode constatar, estão em perfeita harmonia de argumentação, fazendo-se complementares em sua lógica de raciocínio. Em primeiro lugar, consideram que a positivação da garantia da presunção de inocência não alterou em nada o sistema prisional previsto pela legislação ordinária, cunhada em 1942, em pleno período ditatorial do Estado Novo. Com efeito, os Ministros interpretam os incisos do

prisão determinada pelo artigo 594 do CPP. SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 290.

⁵¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 102. Relator Ministro José Cândido. 11 dez. 1989. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

⁵¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 84. Relator Ministro Carlos Thibau. 20 nov. 1989. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999. O Ministro Carlos Thibau da posição de vanguarda antes da Constituição Federal de 1988, manteve-se mais conservador depois desta, preferindo afirmar em seu voto que: “Não se extraia do princípio inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, a conclusão de que não mais podem subsistir medidas de coerção pessoal expedidas durante o processo. Tanto é assim que o inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional permite a custódia

artigo 5º, que prescrevem direitos e garantias individuais, com o intuito de procurar nos seus espaços formas de legitimar a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Assim, com base no inciso LXVI, o qual prescreve que: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”⁵¹⁵, sustentam que desde que a lei ordinária não faculte a liberdade provisória, o indivíduo poderá ser levado a prisão e nela mantido, sem que a garantia da presunção de inocência possa interferir impedindo que esta prisão se efetue.

Pela leitura da ementa destes acórdãos, observa-se que nem ao menos há a distinção de qual tipo de prisão é conciliável com a presunção de inocência, já que os Ministros preferiram apenas declarar que todas as prisões efetuadas antes da sentença final de culpa são permitidas pela Constituição, desde que sejam efetuadas por juiz competente, de acordo com as disposições previstas pelo CPP, que regula os casos de liberdade provisória com ou sem fiança. Esta interpretação toma por base a crença de que a limitação ao poder de segregação carcerária do *jus puniendi*, contida no inciso LXVI e também no vizinho inciso LXI, em vez de limitarem, abrem permissão para que o juiz competente determine a prisão do indivíduo sempre que lhe aprouver, desde que a lei ordinária não classifique a prisão como passível de revogação pelo instituto da liberdade provisória. Veja-se o engano que este raciocínio pode levar. Partindo dessa consideração, o direito de liberdade física individual deixa de ser amplamente garantido durante o processo penal pela presunção de inocência e por outras disposições constitucionais semelhantes, ficando subordinado apenas ao arbítrio do legislador ordinário, que pode decidir sobre as hipóteses de cabimento da liberdade provisória.

São inúmeras as decisões do STJ no sentido de desconhecer qualquer implicação entre o artigo 594 do CPP e o princípio da presunção de inocência.⁵¹⁶ Todas apresentam uma argumentação vaga ou até desconstruída, quanto a classificação da prisão como requisito para apelar, deixando antever que a mesma é de natureza cautelar e, por isso,

‘por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente’.” Isso leva a crer que o Ministro não via desajuste entre qualquer prisão antes da sentença condenatória final e a presunção de inocência.

⁵¹⁵ BRASIL. Constituição...Op. cit. art. 5º, LXVI.

⁵¹⁶ Dentre eles, cita-se as seguintes decisões: Recurso de habeas corpus n. 545. Relator Ministro Assis Toledo. 16 abril 1990.; Recurso de habeas corpus n. 798. Relator Ministro Cid Flaquer Scartezini. 05 out. 1990; Recurso de habeas corpus 1084. Relator Ministro Costa Leite 24 jun. 1991; Recurso de habeas corpus n. 303. Relator Ministro Costa Leite. 06 nov. 1989. Também o Ministro Costa Leite, que antes acompanhava o Ministro Carlos Thibau nas decisões que previam a presunção de inocência como garantia

conciliável com a garantia da inocência. Não há explicações detalhadas acerca dos motivos que conduzem à classificação daquelas prisões como cautelares, apenas a simples afirmação de que são coerentes com a garantia da presunção de inocência, primeiro porque esta não impede a prisão do acusado antes de transitada em julgado a sentença condenatória e, segundo, porque a prisão prevista pelo artigo 594 é cautelar, dita também processual.

Para o Supremo Tribunal Federal, de igual modo, a prisão determinada pelo artigo 594 do CPP não havia sido revogada pela garantia da presunção de inocência, segundo o que consta nas decisões que foram expedidas por aquela Corte, que podem ser ilustradas nestas ementas:

“HABEAS CORPUS”. FURTO QUALIFICADO. RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO, COMO CONDIÇÃO PARA INTERPOR RECURSO DE APELAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 594 DO C.P.P. RETRATAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO APELO.

Sentença condenatória que, em face dos antecedentes criminais, ordena o recolhimento do réu à prisão como condição para apelar (art. 594 do C.P.P.). Apelação recebida pelo Juiz sem a observância desta exigência. 1. O art. 5º, LVII, da Constituição, ao dizer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;”, não revogou o art. 594 do C.P.P. segundo o qual “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes...” A Constituição autoriza tal prisão, “desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, na forma da lei (art. 5º, LXI). 2. É possível a retratação do juízo positivo de admissibilidade da apelação, desde que impugnado antes de ocorrer a preclusão. Precedentes. “Habeas-corpus” conhecido, mas indeferido.⁵¹⁷

CONSTITUCIONAL. PROCESUAL PENAL. PRISÃO. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. C.F., ARTIGO 5º, LVII. C.P.P., ARTIGO 594.

I. – A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – C.F., artigo 5º, LVII – não revogou o artigo 594 do C.P.P.

II – H.C. indeferido.⁵¹⁸

O entendimento da questão culminou por declarar o artigo 594 do CPP válido e, portanto, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a prisão continua como requisito obrigatório para apelar assentada sobre o mesmo fundamento que outrora

atuante em favor do indivíduo, preferiu manter cautela depois da positivação da mesma, negando que o artigo 594 do CPP pudesse estar revogado diante daquele princípio.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71442. Relatores Ministros Marco Aurélio e Mauricio Correa. 01 out. 1999. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001. Veja-se que este acórdão é bem recente, mas ilustra uma síntese da argumentação sustentada para a manutenção do artigo 594 do CPP. Não difere das primeiras decisões desta Corte, apenas aprimora o seu conteúdo, motivo que levou a escolha do mesmo para aqui figurar.

tinha, cuja ementa não esclarece qual seria, se prisão cautelar ou prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Outro aspecto salutar do segundo acórdão está no emprego da expressão *presunção de não-culpabilidade* em lugar de *presunção de inocência*, substituição que, de acordo com o que já foi amplamente comentado, nada mais significa do que a adoção de um subterfúgio para retirar do acusado seu *status* de inocente, palavra que causa arrepio ou desconcerto a muitos operadores jurídicos. Ocorre que tal substituição não retira o que pretende do indivíduo, já que presumir a não-culpabilidade é, tecnicamente igual a presumir inocência, pois não há condição intermediária entre culpado e inocente.

Interessante conhecer que estes acórdãos foram acatados por decisão de maioria, pois ambos tiveram como voto vencido o próprio relator, o Ministro Marco Aurélio, que em longa argumentação propugnou a revogação expressa do artigo 594 pela Constituição Federal de 1988, conforme sua arguta ilação, anexa ao segundo acórdão e que deve ser transcrita:

Se o inciso LVII do mesmo artigo 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é ter como harmônica com a Constituição Federal a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo com o objetivo do recurso. É contraditório exigir-se daquele que deseja recorrer e, portanto, mostra-se inconformado com o provimento condenatório que se apresente no estabelecimento penal para verdadeiro início do cumprimento da pena. Por outro lado, a inexistência de primariedade e dos bons antecedentes não é de molde a respaldar a prisão. Diz respeito a procedimentos pretéritos do condenado que não formam base ao título condenatório, em relação ao qual se insurge. Impossível é conceber que o recolhimento a ser efetuado seja fruto da inexistência da primariedade e dos bons antecedentes, pois, caso contrário, estar-se-ia incidindo em verdadeiro *bis in idem*.

O que se nota é o balizamento rígido pela Constituição Federal das hipóteses que podem motivar a prisão. Já havendo provimento condenatório, indispensável é que se tenha a culpa do condenado como intangível, ou seja, revelada em sentença judicial transitada em julgado. A ênfase emprestada pela atual Carta à liberdade exclui que se possa cogitar de verdadeira antecipação do cumprimento da pena, o que ocorrerá caso se imponha o recolhimento do condenado para que possa ver conhecido o recurso que interpôs. O exercício da ampla defesa – e neste está compreendida a interposição de recurso – fica comprometido a partir do momento em que se impõe a necessidade de atender-se a pressuposto que nada tem a ver em si com o recurso, porque ligado à observância, embora temporária, da própria sentença condenatória. Na verdade, subsiste como único móvel da expedição do mandado de prisão o provimento condenatório que, até o trânsito em julgado, por si só, não a respalda, sob pena de presumir-se o extravagante, ou seja, a culpa.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.263. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 set. 1992. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

É longa a história de discordância do Ministro Marco Aurélio com seus pares, notadamente quando o cerne da decisão versa sobre a recepção dos artigos 594 e do 393, I, ambos do CPP, pela atual Constituição Federal de 1988, ocasiões em que sempre assume a posição isolada de afirmar, peremptoriamente, que não é possível a concordância dos preceitos dentro do novo sistema de direitos e garantias individuais.⁵¹⁹ Como é possível perceber pelas palavras sustentadas pelo Ministro, não é somente contra a garantia da presunção de inocência que estes artigos se opõem, mas também contra a garantia de ampla defesa e, em última análise, contra o direito de liberdade física do indivíduo.

Mesmo em face da competente exposição levada a cabo pelo Ministro Marco Aurélio, que estava convencido da revogação do artigo 594 pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu em pleno o contrário, em uma disputa acirrada, conforme melhor ilustra esta notícia:

Por seis votos contra cinco, o Pleno entendeu que a regra do art. 594 do CPP – “o réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, (...)” – continua em vigor, não tendo sido revogada pela presunção de inocência do art. 5º, LVII, da CF – que, segundo a maioria, concerne a disciplina do ônus da prova –, nem pela aprovação, em 28.05.92, por decreto legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de S. Jose, da Costa Rica. Ficaram vencidos os Ministros Maurício Correa, Francisco Rezek, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. HC 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, sessão de 13.09.95.⁵²⁰

Acompanhando a decisão tomada em 1990 pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que por meio de súmula firmaram que a presunção de inocência não ofendia a obrigatoriedade de recolher-se a prisão para apelar, o Supremo Tribunal Federal, reunido em plenário, decidiu em 1995, que o artigo 594 do CPP continuava vigente e em harmonia com a Constituição Federal, pois não foi revogado pelo princípio da presunção de inocência. Aproveitando-se do ensejo, asseveraram também a vigência do 594 perante outro documento, este de matriz internacional, na época recém aprovado pelo Congresso

⁵¹⁹ São várias as decisões em que o Ministro Marco Aurélio toma por defesa a revogação do artigo 594 pela ordem constitucional vigente, entre elas é satisfatório conferir as seguintes, obviamente todas oriundas do STF, onde o Ministro reforça seu voto vencido: Habeas Corpus n. 72077. Relatores Ministros Marco Aurélio e Maurício Correa. 16 jun. 1995; Habeas Corpus n.71442. Relatores Ministros Marco Aurélio e Maurício Correa. 01 out. 1999; Habeas Corpus n. 73978. Relator Ministro Marco Aurélio. 20 set. 1996. Todas disponíveis em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

⁵²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Apelar em Liberdade. **Informativo**, n.5. Disponível em: <www.stf.gov.br/informativo> Acesso em 06 mar. 2001.

Nacional, o Pacto de San Jose da Costa Rica,* fundo sobre o qual muitos entendiam a revogação do artigo 594. Importa agora perceber, que mesmo em votação apertada, o STF firmou a validade da prisão como requisito para apelar, antes da sentença final condenatória.

O efeito maior desta decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal foi uniformizar as decisões posteriores que versavam sobre a matéria, fazendo com que as ementas dos acórdãos se limitassem a repetir o que a decisão já tinha cimentado em plenário, economizando qualquer comentário ou argumentação complementar.⁵²¹ Portanto, não acrescenta nada a presente pesquisa repetir as ementas e esboçar algum comentário a respeito.

A comentada decisão do STF não apenas resguardou intacto o 594, como também interpretou o princípio da presunção de inocência, ao entender que o mesmo, conforme sua inscrição na Constituição Federal de 1988, não versava sobre disciplina prisional, mas apenas sobre o ônus da prova (!) e, portanto, não poderia ter revogado o artigo 594. Impressiona perceber o quanto alguns Ministros, intérpretes oficiais da Constituição, aos quais cabem, em última instância, pronunciar-se acerca da validade e da vigência de disposições ordinárias em face daquela, demonstraram o seu profundo apego às regras do CPP que imprimem ao Estado um maior poder de persecução penal.

Esta questão remonta, sem dúvida, à mentalidade dos juristas, os quais são responsáveis pela tarefa de atenuar o fosso entre a Constituição jurídica e a Constituição real e, por isso, devem assumir a *vontade de Constituição* e não somente a *vontade de poder*.⁵²² Infelizmente, o Brasil é destituído de uma forte tradição democrática, o que contribui para que os intérpretes da Constituição nem sempre estejam afinados a uma cultura democrática, de efetivação dos direitos e garantias fundamentais escritos, mas não

* Este importante documento de direitos humanos também abriu espaço para a interpretação da presunção de inocência, motivo pelo qual será pormenorizado adiante.

⁵²¹ Outras decisões que se reportam a este entendimento do STF, consulte: Habeas Corpus n. 70.363. Relator Ministro Néri da Silveira. 03 dez. 1993; Habeas Corpus n. 70.839. Relator Ministro Néri da Silveira. 28 abril 1995; Habeas Corpus n. 7251. Relator Ministro Néri da Silveira. 08 mar. 1996; Habeas Corpus 72741. Rel. Min. Carlos Velloso. 20 out. 1995; Habeas Corpus n. 72441. Relator Ministro Celso de Mello. 01 out. 1999; Recurso de habeas corpus n.80091. Relator Ministro Moreira Alves. 19 jun. 2000; Recurso de habeas corpus n.75.917. Relator Ministro Mauricio Correa. 05 jun. 1998. Todas disponíveis em: <www.stf.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

⁵²² ⁵²² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p.19.

realizados. A opção política do legislador constitucional de resguardar o indivíduo de um tratamento análogo ao de culpado antes de transitar em julgado a sentença, sofreu restrição pela opção política dos juízes que designaram o alcance da garantia constitucional para um significado distante do que estava impresso em sua literalidade. A opção dos juízes foi política, porque privilegiou a manutenção de um instrumento de coerção pessoal do *jus puniendi*, que mais uma vez ganhou espaço em detrimento do *jus libertatis*, sob a justificativa de manter o ilusório equilíbrio entre as forças combatentes, no antigo discurso de legitimidade da ordem punitiva.

O entendimento prolatado pelas maiores cortes judiciais brasileiras foi a restrição da garantia a presunção de inocência, primando pela sustentação da prisão antes da sentença final condenatória, com a filiação da mesma à natureza cautelar, sem contudo entrar em maiores detalhes sobre as condições de cautelaridade exigidas para esta prisão, se seriam apenas os bons antecedentes e a primariedade ou se haveria outros requisitos. Esta tarefa ficou a encargo de outra corrente jurisprudencial que se formou no STJ, a qual se preocupou em explicar de que maneira a prisão para apelar pode se encaixar em uma prisão cautelar.

4.3.3.2. Segundo momento: o artigo 594 do CPP aliado à prisão preventiva

Inicialmente, esclarece-se que a segunda corrente doutrinária não veio contradizer a antecedente e sim, complementar a linha de raciocínio deixada em aberto, de modo a torná-la aceitável por todos os setores da comunidade jurídica, convertendo até mesmo os mais ferrenhos combatentes da recepção do artigo 594 do CPP pela Constituição Federal de 1988. Esta foi a pretensão primeira deste grupo de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, qual seja a de estruturar motivos aptos a justificar a inserção da prisão oriunda de sentença condenatória recorrível, dentro da categoria das prisões cautelares. Dessa forma, além de manter vigente o artigo 594, os novos requisitos que seriam utilizados para reforçar sua força vinculativa também tornariam o preceito melhor aplicável, enxuto em suas nova versão, como que adaptado às novas proposições constitucionais. Como esta corrente se desenvolveu no seio do Superior Tribunal de Justiça, os acórdãos citados serão da lavra exclusiva daquela Corte.

O caso chave que ensejou a formação da nova jurisprudência a respeito da relação entre o artigo 594 do CPP e o princípio constitucional da presunção de inocência, retrata a

situação de um acusado de cometer lesões corporais dolosas, por meio de arma de fogo, contra sua esposa. Depois de responder todo o processo em liberdade, na sentença de mérito o magistrado *a quo* decidiu por sua culpa, impondo-lhe a pena de um ano de reclusão em regime semi-aberto. O juiz negou-lhe o direito de aguardar solto o recurso de apelação, isto porque, apesar de tecnicamente primário, o acusado foi considerado de maus antecedentes, devido a outra condenação semelhante a esta, em que houve prescrição da pretensão punitiva. Caracterizados os maus antecedentes, o juiz determinou que o acusado se recolhesse a prisão imediatamente, mesmo que se inconformasse com a sentença e desejasse apelar. Esta foi a fundamentação apresentada pelo magistrado, a fim de cumprir o disposto no artigo 594 do CPP. O acusado impetrou um habeas corpus, sustentando seu direito de apelar em liberdade. Veja-se o teor da ementa do acórdão redigido pelos Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PENAL. APELAR SOLTO. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A UM ANO DE RECLUSÃO POR LESÃO CORPORAL. FILOSOFIA ESPOSADA PELO CÓDIGO PENAL COM A REFORMA DE 1984. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INTERPRETAÇÃO DA LEI ORDINÁRIA (CPP, ART. 594) DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO E NÃO VICE-VERSA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECOLHIMENTO À PRISÃO ANTE TEMPUS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

I – Paciente, tecnicamente primário e considerado portador de maus antecedentes (condenado, reconheceu-se a prescrição da pretensão punitiva), ajuizou originariamente no STJ habeas-corpus, alegando que a sentença não fundamentou a necessidade de sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, tem emprego certo e residência fixa.

II – Não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (*gesetzeskonformen verfassungsinterpretation*). O contrário é que se faz. **O art. 594 do CPP tem de ser repensado diante dos novos dispositivos constitucionais.** [sem grifo no original] Nossa Constituição, por inspiração constitucional lusa (art. 32:2), consagrou o “princípio da presunção de inocência” e, por influência norte-americana (emendas V e XIV), o “princípio do devido processo legal”. Ambos os princípios se conexionam com o “princípio da liberdade provisória” (art. 5º, LXIV). Assim, todo o indiciado, acusado ou condenado, se presume inocente até que seja irrecorrivelmente apenado. Desse modo, cabe ao juiz, em qualquer circunstância, fundamentar (CF, art. 93, IX) a razão de ter-se de recolher preso para poder apelar. A regra geral é “recorrer em liberdade” (CF, art. 5º, inciso LXVI); a excepcional, “recorrer preso”. Por outro lado, trata-se de condenado a pena de um ano de reclusão. O CP, com a Reforma de 1984, a par de nossa liberdade carcerária, procura evitar que o condenado com pena pequena se misture com os outros presos.

III – Ordem concedida.⁵²³

⁵²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2295. Relator Ministro Adhemar Maciel. 11 abril 1994. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2001.

Este acórdão é considerado chave⁵²⁴ para o entendimento da construção do raciocínio que teve como propósito reestruturar o artigo 594 do CPP, porque é o primeiro a sustentar que não bastavam os requisitos ali exigidos para que o acusado aguardasse solto o recurso de apelação. Era preciso *repensar o artigo 594 diante dos novos dispositivos constitucionais*, alternativa aconselhada, já que não era conveniente aos juristas considerá-lo simplesmente revogado pela Constituição de 1988. Optou-se por adaptar o artigo que nasceu em pleno período ditatorial, atualizá-lo, condicioná-lo às urgentes alterações da ordem constitucional, pois estas prescreviam que o acusado tinha seu direito de liberdade física garantido pelo *due process of law* e pela presunção de inocência e que, por isso, não poderia aguardar o julgamento da apelação preso, se a lei lhe possibilitasse o benefício da liberdade provisória. Não estava mais em vigência a Carta de 1937, que silenciava a respeito do direito de liberdade do indivíduo e que, por isso, permitiu que o tratamento contra o acusado fosse robustecido por poderosos instrumentos de coerção pessoal. O ano era de 1994, ocasião em que a Carta de 1988 completava quase seis anos de vida depois de ser denominada de Cidadã, contemplada por estipular o mais extenso catálogo de direitos e garantias para o indivíduo que nenhuma outra Constituição brasileira tinha ousado prescrever. Mesmo diante desta realidade os juristas brasileiros, enclausurados em seus labirintos doutrinários, preferiram apenas repensar o artigo 594, pois declará-lo revogado poderia se constituir como uma mal irrecuperável para a máquina punitiva do Estado.

Com efeito, o repensar o artigo 594 do CPP era cercá-lo das disposições constitucionais, como a que garante que todas as decisões judiciais tem que ser fundamentadas (art. 93, IX), a par da que afirma que toda a prisão, com raras exceções, deve ser prescrita apenas por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Assim, para que o acusado aguarde o julgamento do recuso de apelação preso, deve haver razões extraordinárias que a expliquem, condições que devem ser detalhadas pelo juiz na sentença condenatória recorrível. Vê-se, pois, que não basta apenas a reincidência e os maus antecedentes para que o réu seja preso antes do trânsito em julgado, é preciso a ocorrência de outras razões além destas, as quais não foram

⁵²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 45. O autor acredita que este seja o *leading case* sobre a vigência e aplicação do artigo 594 do CPP, pois representa a tomada de posição da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que encabeçou a nova corrente jurisprudencial em torno da questão, ao afirmar a preservação do citado artigo, desde que sua aplicação esteja acompanhada de fundamentação adequada.

descritas no acórdão e que devem ser, obrigatoriamente, expostas com clareza pelo magistrado na sentença que negar o direito de liberdade física ao acusado. Um novo acórdão especificou quais seriam estes novos requisitos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. APELAÇÃO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REVELIA. IRRELEVÂNCIA.

A luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, [sem grifo no original] na forma inscrita no art. 594, do CPP, deve ser concebida de forma branda, em face do império do aludido princípio constitucional, sendo irrelevante para justificar a prisão provisória a mera referência ao fato de ser portador de maus antecedentes.

Recurso Especial não conhecido.⁵²⁵

Lê-se nesta ementa que além dos requisitos do artigo 594 do CPP, para que o acusado seja obrigado a aguardar preso a decisão sobre o recurso de apelação, é preciso que exista a prova de outros fatos, os quais, por incidirem nas hipóteses descritas no artigo 312 do CPP, ensejam o cabimento da prisão preventiva. Entenda-se a lógica da construção doutrinária empreendida pelos Ministros, para que o artigo 594 ganhasse novas bases de sustentação: se a única prisão anterior a sentença condenatória recorrível que não conflita com a presunção de inocência é a cautelar, da qual a modalidade preventiva é o exemplo mais notório na legislação pátria, a solução para o problema da manutenção da prisão do artigo 594 do CPP é o seu enlace com os requisitos da prisão preventiva. Outro acórdão, agora relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, explicita melhor este entrelaçamento:

HC – CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – O princípio da presunção de inocência significa ninguém receber o status de condenado antes do trânsito em julgado da sentença. De natureza diversa da prisão cautelar, destinada a resguardar o desenvolvimento do processo e garantir eficácia de eventual condenação. A Súmula 9, STJ, verbis: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”, reúne dois institutos jurídicos, embora, pela respectiva natureza, sejam distintos. A diferença evidencia que um diz respeito ao Direito Penal (presunção de inocência) ao passo que o segundo se relaciona com o Direito Processual Penal. A diferença implica conseqüências. Uma delas: se o réu respondeu o processo em liberdade (não houve, pois, prisão cautelar), a sentença condenatória, por si mesma, não pode ser causa da constrição ao exercício do direito de liberdade. É alheia à prisão cautelar. Relaciona-se, como registrado, com a execução da pena.⁵²⁶

⁵²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 10087. Relator Ministro Vicente Leal. 27 abril 1998. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon> Acesso em 30 jul. 1999.

⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9018. 01 set. 1999. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 27 abril 1998. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 14 jul. 1999.

Neste acórdão é novamente efetuada a ligação entre a prisão decorrente de sentença condenatória e a prisão preventiva, mas com notas diferenciais. A ementa deixa claro que estipular a prisão para um acusado que assistiu em liberdade a todo o processo é uma medida inaceitável, porque não é dotada de cautelaridade, de requisitos que, como no caso da prisão preventiva, se estribam em fatos externos ao processo. Por outro lado, reconhece que a prisão decorrente do artigo 594 relaciona-se com a execução da pena e, por isso, *é alheia a prisão cautelar*, motivo pelo qual não deve ser aplicada isoladamente, sob pena de contrariar a presunção de inocência, o que não impede que seja aplicada em conjunto com a modalidade preventiva, matriz de onde retiraria suporte e legitimidade para atuar. Dessa forma, somente se poderia determinar a prisão do acusado para apelar quando houvesse necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, para possibilitar o normal desenvolvimento do processo ou para assegurar a aplicação da lei penal, que são alguns dos requisitos da prisão preventiva. Os outros requisitos, como prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, já estão superados nesta fase, pois a sentença condenatória foi expedida porque há provas convincentes de autoria e de materialidade. É verdade que ainda sujeitas à reformas por via recursal antes do trânsito em julgado, mas que certamente possuem um mínimo de plausibilidade, suficiente para satisfazer as exigências.

Outro aspecto determinado por esta corrente jurisprudencial⁵²⁷ foi estipular a liberdade para apelar como regra, cumprindo os preceitos inscritos na Constituição Federal de 1988. Como toda regra, esta também admite exceções, com a permissão legal para que o acusado seja preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, até mesmo para aguardar o recurso de apelação, desde que haja provas da incidência de ao menos uma das hipóteses previstas pelo artigo 312, o que reveste a prisão de requisitos de cautelaridade. Este novo entendimento da exigência da prisão para apelar, encabeçado por uma das Turmas do STJ, não veio pedir a revogação do artigo 594 e entrar em embate frontal com as decisões que firmaram a recepção constitucional do mesmo, através da

⁵²⁷ Acompanhe outras decisões que firmam este entendimento em corrente jurisprudencial, todos oriundos do STJ: Recurso Especial n. 187482. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 24 abril 1999; Recurso de Habeas Corpus n. 10624. Relator Ministro Félix Fischer. 14 nov. 2000.; Recurso de Habeas Corpus n. 10002. Relator Ministro Félix Fischer. 18 dez. 2000; Habeas Corpus n.2967-4.. Relator Ministro Jesus Costa Lima. 17 out. 1994; Habeas Corpus n. 4563-9. Relator Ministro Vicente Leal. 06 jun. 1995. Todos disponíveis em: <www.stj.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

Súmula 9 do STJ e da decisão do pleno do STF. Veio apenas ajustar o citado artigo com a realidade constitucional, de modo a torná-lo mais legítimo e aceitável por aqueles que defendiam a declaração de sua revogação, sem, no entanto, perder de vista o instrumento de coerção que permanece vivo em seu imperativo prisional. Contudo, ainda há um pequeno foco de resistência entre os juristas que insiste em não pactuar com esta construção quase perfeita, preferindo acreditar na revogação do artigo 594 do CPP pela atual Constituição Federal, argumento que será examinado no próximo item.

Em conclusão, afirma-se que é ponto pacífico na jurisprudência que o artigo 594 do CPP foi recepcionado pela Constituição de 1988, sendo certo que a maioria das decisões do STF e do STJ atualmente acompanham esta elaboração, desenvolvida pela Sexta Turma do STJ, a qual acopla os requisitos do artigo 594 aos reclames da prisão preventiva, de forma a conceder a aparência de cautelaridade à obrigatoriedade da prisão para apelar.

4.3.4. O remanescente doutrinário que crê na revogação do artigo 594 do CPP: perspectivas da obra de Reforma do Código de Processo Penal

Indubitavelmente, é senso comum entre os juristas⁵²⁸ que o artigo 594 do CPP pode perfeitamente conviver com a Constituição, desde que obedeça aos critérios da prisão cautelar, reflexo de sua adaptabilidade que permite sua correta aplicação. É difícil se posicionar contra este entendimento que é oficial e altamente difundido, o qual, por ser adotado pelas duas maiores Cortes Judiciais do país, posa como correto e irreversível. Mas, há quem sustente que mesmo depois das adaptações jurisprudenciais, não há como se acreditar na sua recepção pela nova Constituição, na sua validade perante a ordem vigente.⁵²⁹

⁵²⁸ Este senso comum é percebido pelo grande número de artigos doutrinários em revistas especializadas, que propugnam pela perfeita convivência do artigo 594 do CPP com os preceitos constitucionais. Somente numa das revistas ocupadas desta matéria, veja-se neste sentido: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso: art. 594 do CPP e sua alegada inconstitucionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n.4, p. 161-166, out./dez., 1993. BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.4, n.5, p. 377-384, jul./set., 1996. LAURIA FILHO, Márcio. Princípio constitucional da presunção de inocência, direito de recorrer em liberdade e o art. 594 do CPP (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.4, n.15, p. 385-387, jul./set., 1996.

⁵²⁹ Dentre os juristas que acreditam na revogação do artigo 594 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988 estão: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio...* Op. cit. p. 60; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. Este autor expõe uma

Detendo-se em aspectos pontuais, percebe-se como os argumentos sustentados pela doutrina que pleiteia a manutenção do artigo 594 do CPP são facilmente desarticulados por aqueles que acreditam em sua revogação. Há entre os primeiros os que alegam que a condenação produz no acusado o desejo de fugir da punição estatal, fator que cresce desmesuradamente quando somado à reincidência e aos maus antecedentes, a ponto de obrigar a expedição do mandado de prisão cautelar para garantir a aplicação da pena. Todavia, o perigo de fuga não pode ser deduzido da reincidência ou dos maus antecedentes, porque estes não resultam de uma atitude presente do acusado e sim, de condutas pretéritas, alheias ao processo em curso, que qualificam o indivíduo e conduzem a um temerário juízo de periculosidade. Como já foi salientado, este tipo de presunção prejudica o direito de liberdade física e contraria o princípio da presunção de inocência, pois o perigo de fuga deve ser uma conclusão do juiz firmada em provas reais e fáticas que evidenciam o propósito do acusado de escapar da punição estatal.

Outro argumento que é combatido tem suas origens no próprio título em que se funda na prisão determinada pelo artigo 594 do CPP, que é tida pelos que desejam a preservação do artigo como uma prisão de natureza provisória e, portanto cautelar, compatível com a presunção de inocência. Todavia, não é esta a crença do CPP. Ao visualizar os artigos 594, 393, I e 669, I, fica claro que o Código de Processo Penal considera a sentença condenatória como o título que sustenta a prisão requisitada para apelar. Inegavelmente, esta sentença não é apenas um título que afirma uma grande probabilidade de culpa do acusado e sim uma certeza desta culpa, pois tem caráter de definitividade, é emitida pelo juiz como mérito definitivo sobre a questão que versa o processo. O processo se inicia com a inquietante dúvida sobre a autoria e a materialidade do delito e, depois de vencer algumas etapas, alcança a sentença de mérito, a qual, ainda **que passível de recurso e modificação do resultado**, vem para pôr fim a esta dúvida, declarando a condenação ou a absolvição do acusado. No caso da sentença condenatória há o acolhimento da pretensão punitiva do Estado, com a conseqüente declaração da certeza sobre a culpa do acusado.

inspiradora argumentação para demonstrar as razões que justificam a incompatibilidade do artigo 594 do CPP com a ordem constitucional vigente; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 55. FRANCO, Alberto Silva. O requisito da prisão para recorrer é inconstitucional. *Boletim IBCrim*, São Paulo, v.18, jul. 1994. p. 01.

Nesta esteira, o artigo 594 afirma que a sentença recorrível é um título condenatório suficiente para justificar a prisão do acusado que pretende apelar, pois a sentença deve ser cumprida o quanto antes, para dar vazão ao *jus puniendi*. Ocorre que o princípio da presunção de inocência proíbe que a sentença produza efeitos antes do trânsito em julgado, antes da declaração de que é praticamente imutável.⁵³⁰ Quando este princípio afirma que ninguém pode ser tratado como culpado, também se refere diretamente à prisão, medida extrema, que jamais pode ser ordenada com fulcro na certeza da culpa do condenado, antes desta certeza ser cimentada pelo trânsito em julgado. Com efeito, todas estas observações remontam ao fato de que o CPP foi elaborado em aversão ao princípio da presunção de inocência, tanto que pretendia, por um lado, dar mais instrumentos repressivos ao Estado no combate ao crime e, por outro, discursar sobre um equilíbrio de forças entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*.*

Por outro ângulo, o artigo 594 tem consequências questionáveis. O subsequente artigo 595 do CPP afirma que: “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”⁵³¹ A prisão é colocada pelo CPP como um requisito para que o acusado tenha acesso a um direito, que é o de recorrer, de ver cumprido o segundo grau de jurisdição como garantia de uma sentença justa. Para efetivar um direito se impõe um ônus de consequências inigualáveis, que é a supressão do direito de liberdade física. Isso não apenas perverte o princípio da presunção de inocência como também a garantia do contraditório, da ampla defesa e, sem dúvida, o do devido processo legal, ao qual todos estes princípios se filiam, de acordo com o exame constitucional. Considerar válido o artigo 594 e seus sucedâneos lógicos, quais sejam os artigos 393, I e 669, I é contrariar toda a rede de direitos e garantias individuais instaurados pela Constituição Federal de 1988, que elegem o indivíduo como ser provido de um valor superior ao poder punitivo do Estado.

Disso se conclui dois pontos acerca do artigo 594 do CPP. Primeiro, não é a sentença recorrível que vai criar um direito de quilate suficiente para aprisionar o acusado

⁵³⁰ Diz-se “praticamente”, porque a sentença, mesmo depois de transitada em julgado, pode ser alterada através do recurso processual chamado Revisão Criminal, que existe para rever possíveis erros da sentença condenatória, até mesmo depois de cumprida a pena. O CPP regula a aplicação deste recurso nos artigos 619 até 631. BRASIL. *Código de Processo...* Op. cit. p. 103 e 104.

* Para tanto, lembre-se das palavras declaradas na Exposição de Motivos do CPP, as quais revelam seus objetivos, como foram retratadas no item 3.1.1.

⁵³¹ Ibid., art. 595, p.99.

que aguardou a todo o processo em liberdade e, com igual razão, o acusado que depois de ser preso alcançou o benefício da liberdade provisória, com ou sem fiança. Se ele estava preso preventivamente na data da sentença condenatória, esta, em tese, não poderia alterar a sua situação, já que sua prisão ou liberdade dependem exclusivamente da continuidade ou do cessar das condições que ensejaram seu encarceramento. A prisão que tem como título a sentença penal recorrível é flagrantemente contrária ao princípio da presunção de inocência nos moldes de sua inscrição na Constituição de 1988, a qual garante que ninguém pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em segundo lugar, afirmar que a supressão da liberdade física é um efeito normal desta sentença, que a mesma é exeqüível a ponto de sujeitar o acusado à prisão, o que também é um requisito para que ele tenha o direito de apelar, significa desprezar que a Constituição estabelece um sentido avesso a esta concepção e por se tratar de uma norma hierarquicamente superior e de promulgação posterior a edição do CPP, forçosamente, revogou toda esta lógica processual.

Findas as contraposições de argumentos acerca da singela afirmação de validade do artigo 594 do CPP, passa-se ao exame da construção doutrinária e jurisprudencial que afirma que este artigo deve ser aplicado quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do CPP. Há os que propugnam que o artigo 594 do CPP, depois de ser repensado perante a ordem constitucional, deve ser aplicado apenas quando há os requisitos do artigo 312, os quais revestem a prisão preventiva, modalidade de medida cautelar. Entretanto, frente a soma destes artigos de objetivos completamente diversos, e que, de plano não deveriam ser associados, surge a seguinte questão: Por que insistir na recepção e conseqüente validade do artigo 594, se a prisão antes da sentença irrecorrível depende inteiramente da verificação das exigências do artigo 312? O artigo 312 sozinho não cumpriria com o objetivo perseguido pelos juristas?

Este único argumento é o suficiente para desestruturar qualquer tentativa de manter o artigo 594, sob a justificativa de que ele foi adaptado à Constituição através da aproximação com o artigo 312 do mesmo diploma legal. O artigo 312 pode desempenhar sozinho o objetivo de proporcionar ao juiz a autorização e os critérios legais suficientes para poder encarcerar o indivíduo depois da sentença condenatória suscetível de recurso, ou mesmo na própria sentença de mérito. Não é preciso a manutenção do artigo 594 para franquear ao juiz o poder de determinar a prisão do acusado, seja na sentença

condenatória ou na fase recursal. A única exigência para que isso ocorresse, era alargar a abrangência do artigo 311 do CPP, que limita o cabimento da prisão preventiva apenas até a instrução criminal. Dessa forma, a preventiva poderia ser aplicada mesmo depois da sentença de mérito, sem afetar a presunção de inocência, porque não é apenas na fase de instrução que o acusado pode incorrer em alguma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, tal pode acontecer até mesmo em fase de recurso da sentença. Aliás, a expedição da sentença de mérito serve como prova de materialidade e de autoria, ainda que ambas sujeitas a confirmação, enquanto não transitarem em julgado, o que cumpre com parte dos critérios exigidos para a caracterização da prisão preventiva (prova de existência de crime e indícios suficientes de autoria).

Mesmo que se julgue absurda a sugestão do instituto da prisão preventiva para fase posterior a sentença de mérito não transitada em julgado, seja condenatória ou absolutória, afirma-se que a combinação com o artigo 312 não torna o artigo 594 do CPP adequado à Constituição, pois mesmo assim este continua representando uma afronta aos princípios constitucionais. O artigo 594 sofre uma desfiguração completa quando é colocado na dependência do artigo 312, o que desaconselha a sua manutenção, pois enquanto o primeiro exige a prisão para apelar e estipula os requisitos de bons antecedentes e primariedade como pressupostos da liberdade física, o segundo afirma que a prisão preventiva será cabível em determinadas circunstâncias, nas quais as atitudes do acusado podem prejudicar o andamento do processo ou a ordem social ou econômica. Logo, vê-se que a união entre os dois artigos é desarmônica, pois cada qual visa objetivos diversos.

Na verdade, o que se percebe é que o próprio Código de Processo Penal precisa urgentemente sofrer profundas reformas ou, preferencialmente, uma nova formulação, que reflita um mínimo acordo com todas as disposições constitucionais e de direitos fundamentais, estas contidas nos sucessivos pactos internacionais que o Brasil aderiu. Como esta última alternativa parece distante dos propósitos políticos presentes, recorreu-se a primeira, a qual entrou em tramitação no Congresso Nacional, em 09 de março de 2001.⁵³²

⁵³² Nesta data o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso enviou ao Congresso Nacional os oito projetos de lei que constituem a reforma do CPP. BRASIL, Presidência da República.

O propósito político de alterar os dispositivos do CPP não foi animado pela idéia de adequar o mesmo à Constituição de 1988, suprimindo o profundo anacronismo que se estabeleceu entre ambos. A crescente pressão da mídia e de setores da sociedade civil para que o Governo tomasse providências rígidas no setor de segurança pública, para “conter a violência”, fez com que o Ministério da Justiça elaborasse o Plano Nacional de Segurança Pública, o qual é composto por medidas em diversos setores, como as que devem ser cumpridas pelo Governo, seja federal ou estadual, medidas de natureza institucional e de natureza legislativa. Neste último tópico, entre as ações planejadas, está a “modernização do Código de Processo Penal”, a qual espera como resultado obter a “capacidade jurídico punitiva do Estado ampliada e melhorada com a aprovação e sanção das propostas legislativas, com absorção das modernas tendências do direito e processo penal.”.⁵³³

A iniciativa de reforma do CPP foi motivada na intenção de majorar a capacidade punitiva do Estado dentro do velho aforisma *punir mais e melhor*, que foi suscitado há tempos, mas que continua com força total nos dias atuais, como é visível nas palavras do Ministro da Justiça José Gregori, ao se referir à disposição dos Presidentes da Câmara e do Senado Federal em agilizar a aprovação dos Projetos de lei: “Os presidentes estão identificados com a demanda nacional de **ter um sistema jurídico e penal mais rápido e eficaz.**” [sem grifo no original].⁵³⁴ A proteção do acusado está longe de ser a meta das reformas de cunho legislativo, antes, há a pretensão de intensificar as formas de exercer com mais rigor o poder coercitivo do Estado, instrumentalizando o *jus puniendi*.

Com este escopo, emitiu-se a Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, a qual designou uma comissão composta por juristas renomados, responsáveis pela elaboração de um Anteprojeto de Lei que tem como objetivo realizar a reforma de alguns dispositivos do Código de Processo Penal. A reforma foi dividida em oito Projetos de Lei, os quais versam sobre as seguintes matérias: investigação criminal; procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; provas; interrogatório do acusado e defesa efetiva; prisão, medidas cautelares e liberdade; júri; recursos e ações de

Ministério da Justiça. **Proposta de novo código de processo penal chega ao Congresso Nacional.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2001.

⁵³³ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. **Plano nacional de segurança pública.** Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2001. p. 32.

⁵³⁴ BRASIL, Presidência da República. Ministério da Justiça. **Proposta...** Op. cit. p. 01.

impugnação e, por fim, a prisão especial.⁵³⁵ A dita Comissão foi composta pelos juristas: Ada Pellegrini Grinover como presidente, Petrônio Calmon Filho, que secretariou a Comissão, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, o qual posteriormente foi substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Augustinho Beneti.⁵³⁶

A Comissão esclareceu em sua exposição de motivos, entre as várias justificativas tendentes a abordar as opções contidas no Projeto de lei, que: “As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as de Itália e Portugal.”⁵³⁷ Os modelos continuam similares aos de outrora, pois a codificação italiana novamente aparece como inspiradora das reformas do CPP brasileiro, sendo certo que a Itália hoje vive uma realidade distante do autoritário Código de Rocco, face a vigência de uma nova codificação processual penal.

As alterações propostas pelos Projetos Lei são difusas, todavia, neste espaço interessa as que versam sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade, ao lado do que dispõe sobre os efeitos da sentença penal condenatória, devido a aproximação que guardam com o artigo 594 do CPP. No que atine ao primeiro tema, além das alterações de conteúdo do artigo 312, onde as hipóteses de cabimento da prisão preventiva são reformuladas com o intuito de torná-las mais específicas e diminuir as expressões vagas em sentido, o Projeto prevê a criação de outras medidas cautelares que podem ser aplicadas antes da prisão, já que esta é reservada para casos excepcionais e claramente definidos, como força a Constituição Federal de 1988. Entre as novas medidas cautelares pretendidas pelo Projeto, destacam-se a exigência de comparecimento periódico em juízo; a proibição de frequência a determinados lugares, quando são interligados ao fato imputado ao indivíduo, a qual visa afastá-lo de locais onde há o risco de voltar a cometer infrações penais; a proibição de manter contato com determinada pessoa, desde que a proibição também se relacione com o fato; proibição de se ausentar do país; e a “...

⁵³⁵ COMISSÃO ESPECIAL para a reforma do código de processo penal. **Anteprojetos de lei da reforma do código de processo penal.** Disponível em: <www.mj.gov.br/sal/processo>. Acesso em: 18 fev. 2001. p. 01

⁵³⁶ Id.

⁵³⁷ Id.

suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais,” entre outras.⁵³⁸

Foge aos objetivos deste item examinar todos os tópicos da proposta de reformulação do CPP, mesmo porque demandaria um esforço comparativo de grande proporção, todavia, salienta-se o que mais interessa aqui, a constatação de que o artigo 594 provavelmente está nos seus últimos dias de reinado. Senão, veja-se a seguinte afirmação na exposição de motivos do Projeto de lei sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade: “A revogação dos artigos 393, 594 e 595 e os parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo definir que toda a prisão antes do trânsito em julgado final somente pode ter o caráter cautelar. A execução ‘antecipada’ não se coaduna com os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito.”⁵³⁹

Como se pode ver, a Comissão veio afirmar o que já era deduzido da norma constitucional desde 1988, ou seja, que o artigo 594 e seus sucedâneos processuais do CPP estão revogados, por refletirem a concepção de que a pena de prisão pode ser aplicada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que desconsidera o princípio da presunção de inocência. Tudo isso sugere que o desígnio maior desta Comissão, ao propor estas alterações na estrutura do CPP de 1942, é de por um ponto final na polêmica discussão entre os juristas quanto a revogação ou não do artigo 594.

Com a revogação do disposto no artigo 594 a prisão do acusado poderá ser decretada na sentença condenatória recorrível ou até mesmo depois dela e antes do trânsito em julgado, desde que ancorada como medida cautelar. Observe-se a solução ofertada pela Comissão sobre este assunto, como é expressado na exposição de motivos do Projeto de lei sobre os efeitos da sentença condenatória:

Na sentença penal condenatória, o juiz deverá, nos termos do novo parágrafo único do art. 387, decidir fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo da apelação que vier a ser interposta. Assim, a antiga prisão decorrente de sentença penal condenatória, contrária à presunção de inocência tutelada pela Constituição de 1988, só pode subsistir desde que reconduzida à prisão cautelar, não sendo mais considerada a falta de comparecimento para

⁵³⁸ Ibid., p. 08.

⁵³⁹ Ibid., p. 04.

o cárcere ou a fuga requisito de admissibilidade da apelação, em consonância, agora, com a Declaração Americana sobre os Direitos do Homem.⁵⁴⁰

Se os Projetos de lei forem bem sucedidos no Congresso Nacional e não sofrerem emendas durante a sua tramitação pelas duas Casas Legislativas, o artigo 594 e o 393 do CPP serão em breve revogados, minorando a carga de disposições processuais que ofendem o princípio da presunção de inocência. Entretanto, é decepcionante perceber que será preciso uma reforma legislativa para extirpar disposições que apresentam um claro confronto com os preceitos constitucionais em tela, ao qual se inclui a presunção de inocência, ação que poderia muito bem ser encampada pelos Ministros das Cortes Superiores brasileiras, que possuem competência constitucional para tanto, mas infelizmente não o fizeram, deixando de assumir uma atitude política necessária para dar vida e respaldo a Carta Maior.

Todavia, ressalte-se que existe um motivo sério que faz como que boa parte dos juristas deste país, nestes incluídos a maioria dos Ministros do STF e do STJ, tenham se esforçado tanto para manter válido o artigo 594 do CPP, mesmo diante da sua clara revogação pela nova ordem constitucional. Acompanhe-se o raciocínio que segue. Se o artigo 594 fosse considerado revogado pela Constituição, não haveria mais permissão legal para determinar a prisão de um acusado depois da sentença condenatória passível de recurso. Se o acusado não tivesse sido preso anteriormente, por ordem de uma preventiva, por exemplo, somente poderia ser preso depois de transitar em julgado a sentença condenatória. Isto se explica porque as principais modalidade de prisões cautelares previstas pelo CPP, como a preventiva, são cabíveis apenas até o findar da instrução criminal. A partir desta data, pela visão do CPP, somente o artigo 594 ou a sentença condenatória irrecorrível poderiam autorizar a decretação da prisão do indivíduo. Sem o artigo 594 não haveria dispositivo legal que franqueasse a prisão do acusado, apenas a sentença condenatória transitada em julgado. Talvez este tenha sido o fator preponderante, que fez com que os juízes se furtassem de sua função de aplicação e interpretação da Constituição e optassem em manter o artigo 594 sob um fio, em prol do poder de punir do Estado. Os juízes agiram imbuídos de interesses notoriamente políticos.

⁵⁴⁰ Ibid., p. 31.

Os juízes deveriam ter primado sobre uma interpretação jurídica material da Constituição, adequando a ordem normativa ordinária, deixando a resolução deste impasse para o Legislativo, ao qual cabe a função de emitir normas para regularizar a disciplina prisional do país. É provável que o pavor de não poder decretar a prisão tenha sido maior do que a consciência de cumprir com sua competência constitucional, e, entre um e outro, preferiram sacrificar o direito de liberdade individual para a manutenção dos instrumentos de persecução penal.

Se esta atitude tivesse sido tomada por parte do Supremo Tribunal Federal, responsável em última instância por esta decisão, com a conseqüente declaração de revogação dos artigos supra citados em prol do princípio da presunção de inocência, este teria sido melhor identificado com a cultura jurídica nacional, primeiro passo para se colher alguns frutos positivos de sua constitucionalização e definição de seu conteúdo no Brasil. Pois é certo que em cada Estado que é adotada, a presunção de inocência desenvolve sentidos próprios, dentro e além dos três significados estabelecidos por sua longa história, história da luta travada pelo indivíduo em busca do respeito a sua liberdade.

Talvez, todo o debate provocado em torno da questão do sentido e do conteúdo da presunção de inocência, para solucionar o enigma da recepção do artigo 594 do CPP, que percorreu os longos doze anos de vigência da Constituição de 1988, sirva para que o preceito seja conhecido e desdobrado no Brasil, deixando de lado a posição assumida desde 1948, de ser mero discurso de direito fundamental, para assumir o papel de garantia constitucional atuante no Processo Penal.

4.4. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Em diversos acórdãos emitidos pelo STF e STJ que relacionavam o princípio da presunção de inocência e o direito de apelar em liberdade, a par do respeito à Constituição Federal de 1988, era sustentada também a incidência do Pacto de San Jose da Costa Rica sobre a legislação processual penal brasileira. Como derradeira tarefa desta pesquisa, reservou-se este espaço para tratar deste importante pacto internacional sobre direitos humanos, que ao lado do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, inovou na disciplina no que concerne a fiscalização e ao julgamento de violações expressas aos direitos ali inscritos. Como de costume, o exame restringir-se-á apenas ao que diz respeito

à presunção de inocência, o que não minora o relevo do pacto para as outras garantias processuais penais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (adiante CADH) foi assinada em 22 de novembro de 1969 na Conferência de San Jose, Costa Rica, mas o Brasil tomou parte apenas em 25 de novembro de 1992, estipulando como ressalva duas cláusulas facultativas: a do artigo 45, 1º, que concede competência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados acerca do descumprimento de alguma das obrigações impostas pelo pacto e a constante no artigo 62, 1º, que estipula a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar os casos de violação denunciados. Todavia, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a convenção foi aceita no Brasil e, por meio do Decreto Legislativo de novembro de 1998, a cláusula de jurisdição obrigatória foi acatada.⁵⁴¹ Hoje, portanto, a CADH está incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e suas disposições tem o poder de revogar aquelas que lhe são contrárias.

Na verdade, de modo geral, a CADH reproduziu as determinações elencadas no PIDCP no que diz respeito aos direitos e garantias individuais,⁵⁴² repetindo inclusive a previsão da presunção de inocência nos mesmos termos anteriores, como consta a seguir no seu artigo 8º:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; 4. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; 5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; 6. direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; 7. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; 8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; 9. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; 10. e direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 13. O

⁵⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 332.

⁵⁴² Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O princípio...* Op. cit. p. 20.

processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.⁵⁴³

Além da presunção de inocência, a CADH garante também o direito de recorrer e por isso é citada na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, como fundamento de revogação do artigo 594 do CPP. Todavia, a inovação maior da CADH foi inaugurar uma Comissão especial para receber e encaminhar as queixas sobre o desrespeito às disposições de direitos humanos, realizadas pelos Estados que aderiram ao Pacto e também de julgar estas violações através da Corte Jurídica Interamericana, composta por juízes nacionais dos países que fazem parte da Convenção. A instituição e o funcionamento destes órgãos concedem ao pacto uma maior credibilidade, permitindo que a fiscalização seja mais efetiva, o que também se espera das punições.⁵⁴⁴

A adesão completa aos pactos internacionais sobre direitos humanos, seja o PIDCP ou a CADH, concedem muito mais instrumentais de interpretação e de alcance do conteúdo da presunção de inocência. Não é apenas o *princípio da não-culpabilidade* ou da *inocência* que vige no Brasil, como entendem alguns juristas com base exclusiva no texto da Constituição Federal de 1988, mas a totalidade do princípio da presunção de inocência, que reforçada pela literalidade dos pactos internacionais, possui suporte legal para ser interpretado nos três sentidos que o compõe, seja como modelo de processo penal, como regra probatória ou como regra de juízo.

Diante de todo o instrumental legal a disposição dos intérpretes das normas, não há mais como ser mesquinho em relação a efetivação do princípio da presunção de inocência, que desde 1948, com a adesão brasileira à DUDH, está presente no ordenamento jurídico brasileiro e, com muito mais força normativa, depois de 1988, com a promulgação da Constituição Federal que o previu expressamente, corroborado depois pelas sucessivas adesões aos pactos internacionais de direitos humanos – o PIDCP e o CADH – que hoje fazem parte da realidade normativa brasileira. Todo este quadro de legalização da presunção de inocência é retrato do franco reconhecimento de sua projeção internacional, a qual lhe concedeu tamanha magnitude dentro do Processo Penal, como signo da proteção do *jus libertatis* do indivíduo perante a máquina punitiva estatal.

⁵⁴³ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. San José, 22 nov. 1969. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea>. Acesso em 18 jan. 2001.

⁵⁴⁴ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 63.

Entretanto, mesmo diante do reconhecimento da presunção de inocência como instrumento de proteção para o indivíduo, o exame que foi empreendido nesta pesquisa espelha que no Brasil a afirmação legal da presunção de inocência é uma realidade em tese, pois na prática jurídica dos tribunais superiores obteve pouca consideração, já que, no mais das vezes, foi usada mais como discurso de proteção do acusado do que como garantia processual efetiva, face a sua constata superação pelas normas coercitivas pertencentes ao arsenal legal do *jus puniendi*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Processo Penal atual teve origem durante a formação do Estado moderno. Este foi elaborado em um processo lento e nem sempre progressivo, onde se destacaram os fenômenos da soberania desvinculada do príncipe, aliada a despatrimonialização e despersonalização do poder, quando o Estado tomou para si o aparelho munido do monopólio da utilização legítima da força. Em linhas gerais, esta foi a gênese do Estado moderno, que no direito punitivo obteve este monopólio de aplicação da força legítima através da centralização da justiça, que era de controle difuso pelas instâncias de poder eclesiástico e feudal. Feito isto, o aparelho de poder foi instrumentalizado para a aplicação da força física, com a publicização do direito, ou seja, foi tornado público, em tese aplicado para todos, compilado em grandes codificações, manuseado por um corpo burocrático apto a cumprir suas ordens, em etapas e organizadamente. No decorrer deste processo, entre os séculos XVII e XVIII, na seara punitiva vigia a era dos suplicios, que frente ao processo do Estado moderno tornou-se um modelo ultrapassado, porque punia mal e incorretamente, utilizava em excesso sua força para punir algumas condutas e permitia que outras escapassem da punição, ainda padecendo da arbitrariedade do príncipe, que intervinha nas decisões. O modelo expresso pelos suplicios funcionava sob um visível e desconcertante **desequilíbrio** entre as forças: era um super poder de punir contra um indivíduo dotado de um incipiente direito de liberdade.

Os reformadores da justiça punitiva do século XVIII pleitearam uma nova justiça penal, que substituisse os excessos dos suplicios por penas mais “humanas”, aplicadas depois da culpa formada e comprovada por um Processo Penal lastreado em um **equilíbrio** de forças entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. A Reforma foi empreendida depois da Revolução Francesa, onde os privilégios que sustentavam as imensas desigualdades entre as classes foram suprimidos, dando espaço para a afirmação dos direitos individuais e para a igualdade entre todas as pessoas, momento em que o Estado não apenas reconheceu os direitos individuais, como tomou para si a tarefa de garanti-los para o indivíduo. Vê-se, pois, que o Estado assumiu o cumprimento de duas funções que são inconciliáveis: punir os indivíduos considerados infratores da lei, sob o pressuposto de manter a paz social, e, também, garantir o direito de liberdade individual de todos os

seus cidadãos, inclusive dos que devem ser punidos. Instalou-se um conflito insuperável dentro do próprio Estado, encarregado de punir e também de libertar.

Este conflito marcou, irremediavelmente, o Processo Penal moderno. Sob forte pressão da necessidade de promover segurança jurídica para todos os indivíduos, que deveriam confiar na eficácia da justiça punitiva, exigia-se um novo modelo, fundado em outros pontos de legitimidade. Isso obrigou a elaboração de um Processo Penal racionalizado, ou seja, com alto grau técnico que imprimisse inigualável previsibilidade para suas decisões, construído e legitimado para se desdobrar em atos que refletissem um aparente **equilíbrio de forças** entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, momento no qual a presunção de inocência foi sustentada como um dos institutos aptos para reger esta conflituosa relação que se instaura entre o Estado e o indivíduo, traduzindo o significado da opção pelo indivíduo, em detrimento do poder de punir do Estado. Assim, o indivíduo, que estava em natural desvantagem perante a máquina punitiva do Estado, deveria ser considerado inocente durante o processo, o que lhe concederia maior poder para se defender do *jus puniendi*. Como garantia da inocência, este preceito alistou diversas outras garantias que o complementam e o instrumentalizam.

Com efeito, a presunção de inocência foi criada como uma garantia do direito de liberdade e, desde o início, pertenceu a uma tentativa de conceder maior legitimidade para o Processo Penal, que seria, em tese, revestido de instrumentos que colocariam o indivíduo em igualdade de poderes com o Estado, traduzindo um perfeito equilíbrio para o Processo Penal. Para tanto, o preceito foi instrumentalizado pela doutrina como regra de tratamento, regra de juízo e modelo de Processo Penal, acepções diferentes que juntas têm o condão de modificar qualquer estrutura de Processo Penal tendente a punir com excesso o indivíduo. Em teoria, o edifício construído parece aplicável e eficiente no seu propósito, todavia, na prática, a presunção de inocência sempre sofreu sérias restrições de conteúdo e grande repulsa por parte dos operadores jurídicos, seja na própria doutrina ou nas decisões judiciais. Até mesmo na formação do seu tríplice significado, observa-se que dois deles foram provenientes de declarações de direitos, um da DDHC e outro da DUDH, ou seja, de documentos com limitado alcance jurídico, porque não são dotados de fiscalização e controle de sua aplicabilidade por outras instâncias de poder, e, por isso, atuam mais como metas a serem implantadas pelos Estados em um futuro incerto. O debate das Escolas Penais italianas sempre foi dominado pelo discurso de exclusão da

presunção de inocência, como o foi pela Escola Positiva e pela Escola Técnico-Jurídica, sendo inclusive considerado uma exorbitância dos direitos individuais no seio do Processo Penal. Apenas a Escola Clássica, na ênfase dos estudos de Carrara, concedeu um lugar de destaque para a presunção de inocência, já que pretendia deste preceito o fundamento do Processo Penal.

A presunção de inocência dificilmente pertence a uma razão de Estado ou a uma meta de política criminal porque não é interesse do Estado mantê-la como viga principal do Processo Penal, já que este é, no mais das vezes, dominado por uma visão que se inspira na constante proteção da sociedade e da paz social, do qual o indivíduo violador da norma penal é representado como o turbador, a ameaça que deve ser combatida. E quando a presunção de inocência é elevada ao *status* de princípio constitucional, aliada a outras garantias que lhe dão suporte e maior aplicabilidade, passa a ser ignorada, ou na melhor das hipóteses, minorada, pelos juízes, aos quais cabe, promover a interpretação e aplicação efetiva dos direitos fundamentais, inscritos na Constituição. Em rápidas linhas este é o caso do Brasil, senão veja-se.

Desde a adesão do Brasil à DUDH, em 1948, a presunção de inocência esteve em completo desacordo com a legislação processual penal brasileira, representada pelo CPP de 1942, apesar de manter certa estreiteza de propósito com a Constituição de 1946, produzida durante um breve interregno democrático e que, portanto, afirmava os direitos individuais e algumas garantias processuais. O produto deste desacordo pode ser percebido pela primeira interpretação da presunção de inocência nos tribunais superiores brasileiros, exaurida no *in dubio pro reo*, o qual na verdade, é parte da regra de juízo, um dos três significados da presunção de inocência. Frente a tantas interpretações e aplicações possíveis à presunção de inocência, optou-se pela mais branda, para não dizer insignificante. Isto porque, o *in dubio pro reo* pode muito bem sobreviver sem a presunção de inocência, tanto é assim que antes da DUDH proclamar a presunção de inocência, no Brasil era corrente a sua aplicação nas decisões judiciais.

Durante a ditadura militar a situação se tornou mais crítica, porque além dos tribunais não reconhecerem outros significados para a presunção de inocência, sua violação era flagrante nos sem número de prisões sem mandados, torturas, desaparecimentos, mortes, indivíduos punidos e perseguidos por expressarem sua insatisfação com o regime de Governo implantado. A própria base da ditadura militar, a

doutrina da segurança nacional, ergueu-se sobre o binômio segurança/desenvolvimento, a qual se fundamentava na tarefa de eliminar o inimigo interno para alcançar o desenvolvimento do país. Esta doutrina alimentou o ânimo de suspeita dentro do Estado, transformando qualquer um em possível inimigo e justificou a tomada de medidas repressivas de controle policiais sobre as condutas dos cidadãos. Mais uma vez se vê uma suposta razão de Estado tomando o lugar da proteção do indivíduo, em contradição com a presunção de inocência. Esta perspectiva se refletiu na edição dos Atos Institucionais, elaborados sob as ordens do Comando que, ao se auto proclamar revolucionário, esfacelou abertamente os direitos individuais de milhares de pessoas, entre políticos, funcionários públicos e cidadãos em geral, que perderam muito além de cargos públicos e direitos políticos. Perderam o direito de se defender, de impetrar um habeas corpus, ou seja, de um processo justo e, por vezes, perderam o direito à integridade física e à vida. Ninguém estava ileso perante este superpoder de Estado, que tratava como culpado qualquer um que se encaixasse na definição de inimigo interno.

A transição democrática, consubstanciada na anistia política, na volta do pluripartidarismo e na campanha das “diretas já”, trouxe à tona um clima de abertura política que, por certo, contagiou alguns juizes do TFR, os quais passaram a aplicar a presunção de inocência como recurso argumentativo de suas decisões, considerando-a além do *in dubio pro reo*, como garantia do direito de liberdade e como regra de juízo, reafirmando a obrigação da prova para o órgão da acusação e não para a defesa. O mérito deste ressurgimento está em ventilar a matéria em uma instância superior e abrir espaço para novas reflexões sobre o preceito, nas vésperas da sua inclusão constitucional. Todavia, mesmo diante deste aparente progresso, a presunção de inocência era citada apenas para corroborar alguns preceitos do CPP, com o claro intuito de robustecer o conteúdo das decisões e não de conceder ao princípio a aplicabilidade que lhe é devida, dentro dos seus três significados históricos.

Com a Constituição Federal de 1988 a presunção de inocência foi elevada à categoria de princípio constitucional e, posteriormente, teve sua redação ampliada pelo PIDCP e pela CADH, pactos internacionais assumidos pelo Brasil nos idos de 1992. Entrementes, nos tribunais superiores, a regra contida no artigo 594 do CPP, que impõe a prisão como requisito para se ter direito a apelar da sentença condenatória de primeira instância, permaneceu válida pela interpretação dos Ministros do Supremo Tribunal

Federal, que uniformizaram a questão em Pleno, opinião comungada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que antes desta decisão optaram por sumular o entendimento prevalecente sobre a controvérsia. Com o fito de estruturar motivos aptos a justificar a inserção da prisão oriunda de sentença condenatória recorrível, dentro da categoria das prisões cautelares, alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça estipularam que o artigo 594 do CPP somente poderia ser aplicado em conjunto com os requisitos do artigo 312 do CPP, ou seja, se o caso em exame fosse suscetível de prisão cautelar. Tal atitude foi forçada pelo princípio da presunção de inocência, que não recepcionou o artigo 594 do CPP, e nem o 393, I. Talvez esta tenha sido a maior transformação propiciada pela positivação do preceito na Constituição Federal de 1988, qual seja, a de estimular o esforço teórico dos juízes em justificar a manutenção de disposições do CPP válidas, mesmo diante de sua claríssima revogação pela Constituição, para o que os ministros construíram verdadeiros labirintos jurídicos.

Nem mesmo os pactos internacionais e o reconhecimento da jurisdição da Corte Internacional de Direitos Humanos, instituída pela CADH, provocaram a iniciativa de alteração do CPP, ao menos nos artigos mais inconciliáveis com a presunção de inocência. Os juízes das Cortes Superiores permaneceram fiéis à concepção de proteção de sociedade, em detrimento do indivíduo condenado por decisão recorrível. Provavelmente temeram que a supressão do artigo 594 do CPP impedisse a prisão de qualquer acusado entre a sentença e o trânsito em julgado, espaço que pode distar anos entre recursos da defesa e da acusação.

Ora, cabe aos intérpretes oficiais da Constituição revogar os retrocessos da lei ordinária que estiverem em evidente contradição com a Constituição. Se a correção deste anacronismo provoca um vácuo legislativo na questão da disciplina prisional brasileira, cabe aos Legisladores a iniciativa de emitir novos comandos normativos capazes de suprir as deficiências e não ao Judiciário, que se esmera em remendar com trapos velhos uma veste nova, como é o caso de manter o 594 do CPP válido perante a Constituição, desde que aplicado de acordo com as regras do 312, tudo no afã de continuar permitindo a prisão fundada em decisão recorrível.

Por fim, nem a obra de Reforma do CPP, prevista pelo Ministério da Justiça em seu Plano Nacional de Segurança Pública, foi iniciada com o propósito de ajustar a codificação repressiva aos princípios constitucionais de proteção do acusado, mas surgiu

da necessidade de tornar a justiça punitiva mais rápida e mais eficaz, ampliando e melhorando a capacidade punitiva do Estado. Pode até ser que os juristas incumbidos de preparar a reforma tenham procurado adaptar a legislação processual ordinária às novas implicações constitucionais de proteção do indivíduo, mas não foram convocados para este objetivo. Isto porque, não está na razão de Estado brasileira optar pela proteção do indivíduo acusado, mas sim, em resposta às demandas propaladas pela mídia, exterminar, com rigor repressivo, os crescente índices de violência, majorando os instrumentos persecutórios do *jus puniendi* de forma a conseguir punir com mais facilidade, sem enfrentar muitas dificuldade em vencer os obstáculos de proteção constitucional dos indivíduos.

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da presunção de inocência sofre sérias influências do campo político e está intimamente ligado à Democracia, seja em seus pressupostos formais ou materiais, única capaz de oferecer condições adequadas para sua aplicação judicial, para a edição de normas processuais coerentes com seus preceitos e para favorecer a formação de uma cultura de proteção aos direitos fundamentais. Isto porque a Democracia elege o indivíduo como valor a ser protegido, diferentemente dos regimes dominados pelo autoritarismo, que se fundam em uma suposta razão de Estado que coloca o indivíduo em segundo plano, ou o relega à opressão pelo aparelho munido do monopólio da violência legítima. O princípio da presunção de inocência representa a opção pelo indivíduo e nisto está sua matriz política, da qual depende a sua adoção e aplicação.

O Brasil passou por períodos democráticos e autoritários, onde foi possível visualizar a ligação do princípio com a Democracia, momentos em que se produziu um rico instrumental para a aplicação do princípio nas decisões judiciais e nas normas processuais penais. O fato deste instrumental não ser utilizado reflete que o princípio da presunção de inocência no Brasil **não passou de um discurso de legitimação da ordem punitiva vigente**, que se sustenta no preceito para proclamar um falso equilíbrio entre o direito de punir e o direito de liberdade individual durante o Processo Penal, o qual também afirma produzir sentenças justas, porque oriundas de um processo em que a defesa esteve em igualdade de condições com a acusação e em que o indivíduo não teve sua esfera de direitos invadida arbitrariamente pelo direito de punir, porque é considerado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parece distante o

dia em que esta razão do indivíduo vai deixar de representar apenas um discurso de proteção dos direitos humanos para legitimar a ordem punitiva vigente e vai se tornar realmente uma realidade.

Este é o quadro sobre o princípio da presunção de inocência no Brasil, passo primeiro para que novos estudos venham a ser realizados. Os resultados alcançados supriram uma lacuna pessoal de conhecimento sobre o tema e abriram perspectivas para o estudo de outras problemáticas que foram despertadas no decorrer desta dissertação. O trabalho aqui realizado poderá ser aplicado para empreender o exame, em nível de doutoramento, acerca do tratamento que a mídia despense com o indivíduo indiciado ou acusado, face os recorrentes casos de escândalos públicos em que os indivíduos são considerados inocentes pela via judiciária, depois de sofrerem a pena de execração popular em suas vidas particular e profissional. Desta forma, será possível aferir a função da mídia no desenvolvimento do fenômeno punitivo dos dias atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros e periódicos

ABRANCHES, C. A Dunshee. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1964.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. v.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ALVES, Márcio Moreira. **O pretexto**. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/AI-5/mmaves.htm>. Acesso em: 31 out. 2000.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Tradução de Clóvis Marques. Petrópolis: Vozes, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal** t. 2. Buenos Aires: Losada, 1950.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica - estudo comparativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e “contra” reforma penal no Brasil**. Uma ilusão... que sobrevive. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

BARROS, Hamilton de Moraes E. A proteção jurisdicional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 65-82, out./dez. 1971.

BATISTA, Nilo. Jurisprudência comentada. Identificação criminal. Dispensa. **Revista de direito penal**, Rio de Janeiro, v. 13/14, 151-152, jan./jun. 1975.

BATISTA, Weber Martins. Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.4, n.5, p. 377-384, jul./set., 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974.

BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: **Obras completas de Orlando Bitar**. Belém: Conselho Federal de Cultura, v.1. 1978.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.

BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, et al. v.1. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BORGES FILHO, Nilson. **Sobre o sagrado e o profano: civis e militares na política brasileira**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

BRASIL: nunca mais. Um relato para a história. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. **Proposta de novo código de processo penal chega ao Congresso Nacional**. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2001.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. **Plano nacional de segurança pública**. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2001.

BRASIL. Senado Federal. Diretoria de Informação Legislativa. **Anais da Constituição de 1967: antecedentes através do noticiário da imprensa**. v.1. Brasília: Senado Federal, 1967.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos humanos: instrumentos internacionais documentos diversos**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1997.

BRICKMANN, Carlos. 300 mil nas ruas pelas diretas. In: FOLHA DE SÃO PAULO. **20 textos que fizeram a história**. São Paulo: Folha de São Paulo, 1992.

BRUM TORRES, João Carlos. **Figuras do Estado moderno: representação política no Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1960.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura e seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1940.

CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência: a polícia da era Vargas**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARLYLE, A. J. **La libertad política**. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARONE, Edgar. **O Estado novo (1937-1945)**. Rio de Janeiro: Difel, 1976.

_____. **A quarta república (1945-1964)**. Rio de Janeiro: Difel, 1980.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. v. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal**. Reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Carlos Alberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1949.

CHIAVENATO, Júlio José. **Geopolítica, arma do fascismo**. São Paulo: Global, 1981.

CHURCHILL, Winston S. **História dos povos de língua inglesa**. Tradução de Aydano Arruda. v.1. São Paulo: Ibrasa, 1960.

COMISSÃO ESPECIAL para a reforma do código de processo penal. **Anteprojeto de lei da reforma do código de processo penal**. Disponível em: <www.mj.gov.br/sal/processo>. Acesso em: 18 fev. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo. Entulho autoritário. Como nos velhos tempos. In: **Nova república: um balanço**. Porto Alegre: L&PM, 1986. p. 155-167.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DOTTI, René Ariel. Identificação criminal e presunção de inocência. **Revista de direito penal**, Rio de Janeiro, v.19/20, 54-59, jul./dez. 1975.

DULLES, Jonh W. F. **Castelo Branco, o presidente reformador**. Tradução de Heitor A. Herrera. Brasília: UNB, 1983.

FERRAJOLLI, Luigi. **Derecho e razón: teoria del garantismo penale**. Tradução de P. Andrés, J. C. Bayón, J. Terradillos, et al. Madri: Trotta, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1967. In: CICLO DE CONFERÊNCIAS O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, 1, 1977, Brasília. **Anais...** Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 187-202.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal**. Tradução de Antônio Soto y Hernández. v. 2. Madri: Centro Editorial de Góngora. 1907.

FRANCO, Alberto Silva. O requisito da prisão para recorrer é inconstitucional. **Boletim IBCrim**, São Paulo, v.18, jul. 1994.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto C. de M. Machado e Eduardo J. Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **O princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Sobre o uso de algemas no julgamento pelo júri. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v.0, 110-115, dez. 1992.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso: art. 594 do CPP e sua alegada inconstitucionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.1, n.4, p. 161-166, out./dez., 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubiativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, n. 17, vol. 1, 1974.

GURGEL, José Alfredo Amaral. **Segurança e democracia: uma reflexão política**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1976.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAUSER, Ester Eliana. MARTEL, Letícia. Tribunais, magistrados e feitiçarias na Europa moderna. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalização em questão**. A economia internacional e as possibilidades de governabilidade. Tradução de Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.

ILLUMINATTI, Giulio. Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, n.21, v.2, 1978.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, equipe de reportagem. **Ministro do STM arquiva caso do Riocentro**. Disponível em <<http://www.fiepr.com.br/netclip/2000/0505fsp.htm>>. Acesso em 24 out. 2001.

JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do Estado Moderno: uma história das idéias políticas no século XIX**. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

LAURIA FILHO, Márcio. Princípio constitucional da presunção de inocência, direito de recorrer em liberdade e o art. 594 do CPP (jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.4, n.15, p. 385-387, jul./set., 1996.

LEAL, Vítor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1948.

LIMA, Venício A. Os mídia e o cenário de representação da política. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n.38, p. 239-271, 1996.

LIRA, Roberto. Aspectos do problema da prova penal. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.160, p. 35-38, 1955.

LITRENTO, Oliveiros L. **O problema internacional da jurisdição doméstica: o homem**. São Paulo: F. Bastos, 1966.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Disponível em <www.ambitojuridico.com>. Acesso em: 14 set. 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MEDEIROS, Osmar Fernando. **O (in)devido processo penal frente a Constituição de 1988**. Florianópolis: 1999. Dissertação (Mestrado em direito público) – Curso de Pós Graduação em Direito - Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal de Santa Catarina.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MILHOMENS, Jônatas. Crime e Liberdade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.141, p. 544-548, 1952.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

MOISÉS, José Álvaro. **Os brasileiros e a democracia**. Bases sócio-políticas da legitimidade democrática. São Paulo: Ática, 1995.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do ministério público**, Lisboa, n.32, p.31-47, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. VELLOSO, Mônica Pimenta. GOMES, Ângela Maria Castro. **Estado novo: ideologia e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

PEREIRA, Osny Duarte. **A Constituição do Brasil (1967)**. v.2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

_____. **Constituinte**. Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Nei. **Os notáveis erros dos notáveis da comissão provisória de estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. v.4. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. t.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **História e prática do habeas-corpus**. Rio de Janeiro: J. Kofino, 1955.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Anos de luta**. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/AI-5/daniel.htm>. Acesso em: 31 out. 2000.

RESENDE, Maria José de. **A transição como forma de dominação política**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo, et al. Lisboa: Vega, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANDRONI, Cícero; SANDRONI, Laura Constância A. de A. **Austregésilo de Athayde: o século de um liberal**. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

SANTOS, Vitor Condorelli dos. **A identificação datiloscópica e a investigação criminal**. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/datilosco.html>. Acesso em: 18 fev. 2001.

SCHWARTZMAN, Simon. (org.) **Estado Novo, um auto-retrato**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo (1964-1985)**. Tradução de Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. Tradução de Ismênia Tunes Dantas, Carmem Vergas de Andrade, Elsie Lessa, et al. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA JARDIM, Afrânio. A prisão em decorrência da sentença penal, condenatória recorível. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 40, p. 82-97, out./dez., 1987.

_____. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STEPAN, Alfred. **Os militares: da abertura à nova república**. Tradução de Adriana Lopez e Ana Luíza Amendola. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Os militares na política: as mudanças de padrões na vida brasileira**. Tradução de Ítalo Tronca. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

SUANNES, Aduino. Podemos falar em execução penal antecipada? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.7, 167-173, jul./set. 1994.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1995.

THOMPSON, Augusto F.G. **Esboço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **El antiguo regimen y la revolución**. Tradução de Angel Guillen. Madri: Guadarrama, 1969.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**. Madri: La Ley, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando. Da prisão e da liberdade provisória. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v.2, n.7, p. 73-90, jul./set., 1994.

TRENTO, Angelo. **Fascismo italiano**. São Paulo: Ática, 1993.

TREVELYAN, Georges Macaulay. **Historia política de Inglaterra**. Tradução de Ramón Iglesia. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

TUCCI, Rogério Lauria. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERDROSS, A. Derecho internacional publico. BOSON, Gérson de Brito Melo. **Internacionalização dos direitos do homem**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 55-97.1997.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, [1986?].

_____. **Economia y Sociedad**. Tradução de J. M. Echavarria, J. R. Parella, E. G. Maynez et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

_____. O Estado Nacional e a Política Econômica. In: COHN, Gabriel. (org.) **Max Weber: sociologia**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

2. Jurisprudência brasileira – ordem textual.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 09**. 12 set. 1990. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 06 mar. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 35.046. Relator Ministro Cândido Mota Filho. 26 jun.1957. **Revista Forense**, n. 175, 1958.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “A decretação da prisão preventiva nos casos obrigatórios, não depende de fundamentação. Não constitui constrangimento ilegal a sua decretação com fundamento em dispositivos aplicáveis.” Habeas corpus n.02. Relator Ministro Sampaio Costa. 05 nov. 1947. **Revista Forense**, n.117, 1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 36.090. Relator Ministro Barros Barreto. 27 ago. 1958. **Revista Forense**, n. 185, 1959.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 35.900. Relator Ministro Lafayette de Andrada. 30 jul. 1958.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Se a sentença assinala que nada ficou provado contra o réu, não pode condená-lo por crime de falso só pelo fato de ser ele [sic] dono do estabelecimento em que teria ocorrido o delito.” Apelação n. 651. Relator Ministro Aguiar Dias. 12 nov. 1958. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 187, p. 323-327, 1960.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Não existindo prova suficiente do crime de descaminho, deve ser confirmada a decisão absolutória.” Apelação n. 710. Relator Ministro Ribeiro Alves. 29 maio 1959. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 286 e 287.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 731.. Relator Ministro Raimundo Macedo. 18 ago. 1959. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 186, p. 317, 1959.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 452. Relator Ministro Artur Marinho. 22 ago. 1956. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 181, p. 335-338, 1959. p. 335.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 1.128. Relator Ministro Cunha Vasconcelos. 08 out. 1965. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 307-308, 1967. p. 307.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Por presunção, suspeita, ninguém pode ser condenado em nosso sistema penal; assim, indemonstrada a subtração definitiva da coisa desgarrada da esfera de ação do responsável, não pode subsistir a acusação por delito de furto.” Apelação n. 1074. Relator Ministro Cândido Lobo. 02 jun. 1964. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 212. p. 289-293, 1965.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Nenhuma suspeita ou presunção de culpabilidade, por mais veemente que seja, é insuficiente para legitimar imposição de pena criminal.” Apelação n. 419. Relator Ministro Alfredo Bernardes. 16 maio 1956. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 168, p. 342-343, 1956.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Suspeitas e presunções não autorizam imposição de pena, que só se legitima em face da certeza sobre [sic] o crime e sobre [sic] a autoria.” Apelação n. 441. Relator Ministro J. J. Queirós. 26 jun. 1956. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 168, p. 349-350.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação n. 1102. Relator Ministro Henrique d’Ávila. 26 out. 1965. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 277-279, 1968.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação n. 1.115. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. 05 ago. 1971. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 248-251, 1975.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Sendo a prova dos autos inidônea para autorizar juízo seguro quanto à conduta criminosa imputada ao agente, impõe-se a sua absolvição.” Apelação n. 1.227. Relator Ministro Antônio Neder. 24 abril 1968. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 263-266, 1971.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. “Deve ser absolvido o acusado contra quem não se logra provar a prática do crime, mesmo que as faltas apuradas sejam reprováveis e indiquem a possibilidade de delinquir.” Apelação n. 1.081. Relator Ministro Amarílio Benjamim. 12 nov. 1964. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 274-277, 1965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Não havendo tipicidade, não se pode adequar o fato ao molde penal, impõe-se a absolvição, por mais respeitáveis que sejam os motivos para censurar o procedimento do réu, porque o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou fundada em considerações de conveniência social.” Apelação n. 1573. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969. p. 246.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Estabelecida a dúvida ou perplexidade, a solução é a absolvição do acusado." Apelação n. 1.442. Relator Ministro Orozimbo Nonato. 18 out. 1950. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 134, p. 526-529, 1951.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal n. 1094. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Recurso Criminal n. 1112.. Relator Ministro Washington Bolívar. 03 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 02. jan. 2000.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6011. Relator Ministro Washington Bolívar. 21 fev. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6635. Relator Ministro Costa Leite. 09 out. 1986. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em 27.set. 1999.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Habeas corpus n. 6170. Relator Ministro Costa Leite. 13 jun. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 7206. Relator Ministro Washington Bolívar. 05 jun. 1986. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 7600. Relator Ministro Carlos Thibau. 12 mar. 1987. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 6024. Relator Ministro Carlos Thibau. 19 mar. 1987. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 02 jan. 2000.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 6796. Relator Ministro Carlos Thibau. 28 maio 1987. Disponível em: <www.stj.gov.br>.. Acesso em: 01 jan. 2001.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação Criminal n. 5349. Relator Ministro Carlos Thibau. 02 abril 1987. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: 27 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 6992. Relator Ministro Carlos Thibau. 12 dez. 1988. Disponíveis em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 6966. Relator Ministro Carlos Thibau. 28 fev. 1989. Disponíveis em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 jan. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 102. Relator Ministro José Cândido. 11 dez. 1989. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 84. Relator Ministro Carlos Thibau. 20 nov. 1989. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de habeas corpus n. 545. Relator Ministro Assis Toledo. 16 abril 1990. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de habeas corpus n. 798. Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini. 05 out. 1990. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de habeas corpus 1084. Relator Ministro Costa Leite 24 jun. 1991. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de habeas corpus n. 303. Relator Ministro Costa Leite. 06 nov. 1989. Disponível em <www.stj.gov.br/jurisprudencia> Acesso em: 14 set. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71442. Relatores Ministros Marco Aurélio e Maurício Correa. 01 out. 1999. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.263. Relator Ministro Marco Aurélio. 09 set. 1992. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72077. Relatores Ministros Marco Aurélio e Maurício Correa. 16 jun. 1995. Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.71442. Relatores Ministros Marco Aurélio e Maurício Correa. 01 out. 1999. Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73978. Relator Ministro Marco Aurélio. 20 set. 1996. Todas disponíveis em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito de Apelar em Liberdade. **Informativo**, n.5. Disponível em: <www.stf.gov.br/informativo> Acesso em 06 mar. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 70.363. Relator Ministro Néri da Silveira. 03 dez. 1993; Habeas Corpus n. 70.839. Relator Ministro Néri da Silveira. 28 abril 1995. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 7251. Relator Ministro Néri da Silveira. 08 mar. 1996; Habeas Corpus 72741. Rel. Min. Carlos Velloso. 20 out. 1995. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72441. Relator Ministro Celso de Mello. 01 out. 1999; Recurso de habeas corpus n.80091. Relator Ministro Moreira Alves. 19 jun. 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de habeas corpus n.75.917. Relator Ministro Maurício Correa. 05 jun. 1998. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2295. Relator Ministro Adhemar Maciel. 11 abril 1994. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 10087. Relator Ministro Vicente Leal. 27 abril 1998. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon> Acesso em 30 jul. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 9018. 01 set. 1999. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 27 abril 1998. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 14 jul. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 187482. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 24 abril 1999. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 10624. Relator Ministro Félix Fischer. 14 nov. 2000. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 10002. Relator Ministro Félix Fischer. 18 dez. 2000. . Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.2967-4. Relator Ministro Jesus Costa Lima. 17 out. 1994; Habeas Corpus n. 4563-9. Relator Ministro Vicente Leal. 06 jun. 1995. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 18 fev. 2001.

3. Documentos legislativos

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jan.2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.054. 07 dez. 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <www.in.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2001.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. 03 out. de 1941. Estabelece o Código de Processo Penal. Exposição de motivos do código de processo penal. **Código de processo penal**. São Paulo: Saraiva: 1995.

BRASIL. Presidente da República. Conselho de Segurança Nacional. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em <www.fpabramo.org.br/AI-5>. Acesso em 31 out. 2000.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. San José, 22 nov. 1969. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/oea>. Acesso em 18 jan. 2001.

PORTUGAL, República de. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <www.partido-socialista.pt/ar/biblioteca> Acesso em: 23 fev. 1999.